Die Haftung für Rechtsmängel beim Sachkauf.

Nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Oscar Wedekind

Referendar.

ACAD. LIBRO. BAT. ROST.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903

Literaturverzeichnis.

1. Arndts, Pandekten, 10. Aufl. Stuttgart 1879.
2. Bähr, Urteile des Reichsgerichts.
3. Baron, Pandekten, 8. verm. Aufl. Leipzig 1893.
4. Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht; erster Teil. Erlangen 1876.
5. Bekker, Muther und Stobbe, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts: Bd. 6. Leipzig 1863.
6. Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1889.
7. Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kaufe, im Jahrbuch für Dogmatik Bd. 14.
8. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. veränd. Aufl. Erlangen 1879.
9. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts, 2. verb. Aufl. Berlin 1898.
10. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. Jena 1903.
11. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.
12. Degenkolb, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9.

13. Denkschrift zum Entwurfe eines BGB. Berlin 1896.
14. Dernburg, Pandekten, 6. verb. Aufl. Berlin 1900.
15. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. und 2. Aufl. Halle 1899.
16. Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums. Halle 1874.
17. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1; 6. Aufl. Berlin 1899.
18. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1900.
19. Fischer und Henle, Ausgabe des BGB. 3. Aufl. München 1899.
20. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 20. Teil. Erlangen 1819.
21. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts; herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius, 6. Aufl., 1. Jahrg., 2. und 3. Heft, 2. Teil; der ganzen Reihe der Beiträge, 41. Jahrg. Berlin 1897.
22. Julii Pauli, receptarum sententiarum libri quinque, Ausgabe von Arndts. Bonn 1833.
23. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.
24. v. Keller, Pandekten. Leipzig 1861.
25. Kritz, Das Pandektenrecht, Teil I, Bd. 3. Meißen 1841.
26. Koch, Recht der Forderungen. Berlin 1858.
27. Köppen, in Ihering's Jahrbüchern Bd. 9.
28. Kohler, Gesammelte Abhandlungen. Mannheim 1883.

29. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., 2. Teil. Berlin 1899.

30. Liebe, Gewährleistung, Aufsatz in Weiske's Rechtslexikon, Bd. 4. Leipzig 1893.

31. Matthiaß, Lehrbuch des BGB. Berlin 1899.

32. Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich; Bd. 2. Berlin und Leipzig 1888.

33. Mühlenbruch, Pandekten, 2. Teil, 4. verb. Aufl. Halle 1844.

34. Müller, Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion, 1. Teil. Halle 1851.

35. Nasse, Die Bedeutung der Eviktion einer verkauften und übergebenen beweglichen Sache nach gemeinem Recht und BGB.; Inaugural-Dissertation, in Erlangen vorgelegt. Bonn 1899.

36. Neumann, Handausgabe des BGB., 2. Aufl. Berlin 1900.

37. Neustetel und Zimmern; Römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, Bd. 1. Heidelberg 1821.

38. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

39. Pernice, Labeo, 2. Aufl. Halle 1895.

40. Planck, Kommentar zum BGB., Bd. 2. Berlin 1898.

41. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1898.

42. Puchta, Pandekten, 11. Aufl. Leipzig 1872.

43. Rudorff, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 11.

41. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

45. Schneider, in der Zeitschrift für sächsische Rechtspflege und Verwaltung, Bd. 12.

46. Sell, in seinem Jahrbuch, Bd. 1.

47. Seuffert's Archiv.

48. Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. 2; 2. verb. Aufl. Leipzig 1861.

49. Staudinger, Kommentar zum BGB. München 1900.

50. Ude, im Archiv für ziviliſtische Praxis, Bd. 57.

51. Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840.

52. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863.

53. Westphal, Lehre des gemeinen Rechts von Kauf, Pacht und Miete ꝛc. Leipzig 1789.

54. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. Frankfurt a./M. 1900.

Inhaltsübersicht.

Erster Teil.

Nach gemeinem Recht 8

§ 1. Die Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers 8

§ 2. Der Interesseanspruch 32

§ 3. Der Ausschuß der Haftung 35

Zweiter Teil.

Nach bürgerlichem Gesetzbuch . . . 41

§ 4. Das Verschaffungsprinzip 41

§ 5. Die Rechte des Käufers wegen rechtlicher Mängel der Kaufsache 55

Erster Teil.

Nach gemeinem Recht.

§ 1.

Die Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers.

„Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit", sagt Ulpian.[1] Damit ist nicht gemeint, daß nun die Nichtverschaffung des Eigentums dem Verkäufer unter allen Umständen und für immer gleichgültig sein könne, da er ja zur Übertragung des Eigentums nicht verpflichtet ist. Vielmehr wird nur zum Ausdruck gebracht, daß dem Verkäufer nicht schon deshalb, weil er kein Eigentum verschafft hat, ein Schade erwachsen soll.

Windscheid[2] sagt: „Daß Jemand aus der bloßen Tatsache des nichtverschafften Rechts nicht haftet, kommt nur beim Kauf vor".

Der Mangel des Eigentums kann zum Grund des Rückgriffs gegen den Verkäufer nur unter bestimmten

1) l. 25 § 1 Dig. de contr. emt. 18,1.
2) A. a. O. Bd. 2 Seite 638.

Voraussetzungen werden. Erst wenn eine derselben vorliegt, z. B. wenn eine Eviktion durch den wirklich berechtigten Dritten stattgefunden hat, haftet der Verkäufer wegen des Rechtsmangels. Dann wird die Nichtverschaffung des Eigentums, die anfänglich gleichgültig war, dem Verkäufer verhängnisvoll.

Welches sind nun diese Voraussetzungen der Haftung wegen des mangelnden — oder muß man hier gleich hinzusetzen — wegen des durch sonstige Rechte beschränkten Eigentums? Bei der Beantwortung dieser Frage wird zunächst die bekannte Schrift Eck's „die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums" im Mittelpunkt der Betrachtung stehen müssen. Was soll mit dieser Schrift gesagt werden? Etwa, daß der Verkäufer doch schon haftet, sobald nur feststeht, daß er kein Eigentum übertragen hat? Nach dem Titel muß man das annehmen. Es wird sich jedoch zeigen, daß das nicht die Absicht ist. Um die Schrift, an welche sich eine zahlreiche Litteratur geknüpft hat, beurteilen zu können, ist eine kurze Darlegung der damals herrschenden Lehre des gemeinen Rechts von der Gewährleistung, gegen die die Schrift sich wendet, notwendig.

Im älteren römischen Recht übernahm der Verkäufer in der Regel nur die Garantie dafür, daß der Besitz der gekauften Sache dem Käufer nicht durch einen besser berechtigten Dritten wieder entzogen wurde. Zu diesem Zwecke wurde eine Stipulation zwischen den Parteien vorgenommen, in welcher der Käufer sich gewöhnlich das Doppelte des Kaufpreises als Entschädigung für eine etwaige Eviktion zusichern ließ. Später — seit wann, soll hier dahingestellt bleiben — hatte der Verkäufer

aber auch ohne dieses formelle Versprechen für eine Entwehrung aufzukommen. Der Käufer konnte mit der actio emti auf sein Interesse klagen, wenn ihm die Kaufsache evinziert worden war. Zweifellos blieben die Römer aber auch hierbei nicht stehen. Im klassischen römischen Recht war die Eviktion nur noch eine, aber nicht mehr die einzige Voraussetzung der Haftung des Verkäufers. Man war über die Grenzen der alten stipulationsmäßigen Haftung wegen Entwehrung hinausgekommen. Dieser Tatsache ist von der Wissenschaft lange Zeit nicht die genügende Beachtung geschenkt worden. In der gemeinrechtlichen Litteratur, gegen welche Eck sich wendet, wird eine ganze Reihe von Fällen, in denen die Römer über das Eviktionsprinzip hinausgingen, nicht erwähnt; nur einzelne derselben pflegen beiläufig als Ausnahmen genannt zu werden.[3] Das war eine Lehre von der Gewährleistungspflicht des Verkäufers, die der weitgehenden Entwicklung des römischen Rechts in Bezug auf diesen Punkt nicht gerecht wurde. Hiergegen wandte sich Eck. Wenn er aber einer Schrift dieses Inhalts den Titel gab, „die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums", so war der Ausdruck jedenfalls kein glücklicher. Denn auch die verschärfte Haftung des Verkäufers, wie Eck sie entgegen der früher herrschenden Meinung quellenmäßig für richtig hält, und wie man sie ebenfalls für richtig halten muß, steht noch immer vollkommen im Einklang mit dem Satze, daß aus der bloßen Tatsache

3) Vgl. z. B. Brinz a. a. O. § 280. Arndts a. a. O. § 303. Keller a. a O. § 330. Windscheid, Pandekten bis zur dritten Auflage, § 389 u. a. m.

des nicht verschafften Rechtes nicht gehaftet wird. Erst wenn dieser Satz sich als unrichtig erwiesen hätte, wäre es angebracht gewesen, von einer Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums zu sprechen. Denn eine Verpflichtung im Rechtssinne liegt doch erst dann wirklich vor, wenn der Verpflichtete entweder zur Erfüllung gezwungen oder wegen der Nichterfüllung sofort in Anspruch genommen werden kann. Das Resultat seiner Untersuchungen faßt Eck jedoch in folgenden Sätzen zusammen:[4] „Wir verfahren aber im Sinne der Römer, wenn wir die von ihnen begonnene Entwicklung zu dem Satze fortführen, daß der Käufer grundsätzlich nicht blos das faktische, sondern auch das rechtliche Haben, d. h. das Eigentum der Sache, vom Verkäufer zu verlangen befugt ist. Dies ist natürlich nicht in dem Sinne zu nehmen, als ob bei jedem Kauf der Käufer den vollständigen Eigentumsbeweis vom Verkäufer fordern und bis dahin das Kaufgeld zurückhalten könnte. Daran ist ebensowenig zu denken, wie es der herrschenden Lehre einfällt, den Käufer, der doch unbestritten nummos venditoris facere cogitur, jedesmal zu etwas Weiterem als zur Übergabe des Kaufgeldes zu verpflichten".

Aber, muß man hier gleich hinzusetzen, man darf es auch nicht so verstehen, daß nun etwa der Verkäufer, wie man erwarten sollte, dem Käufer haftet, falls er seiner Verpflichtung zur Gewährung des Eigentums nicht nachkommt. Darüber belehrt der folgende Satz: „Vielmehr ist mit dem Recht des Käufers auf Eigentumsübergang nur soviel gemeint, daß derselbe außer der Tradition auch die Erfüllung der Formen, die nach

4) A. a. O. Seite 43.

Partikularrechten besonders bei Grundstücken zur Eigentumsübertragung oder zur Legitimation als Eigentümer erforderlich sind, — und außer der Eviktionsleistung in den Fällen, wo durch Nichtverschaffung des Eigentums sein Interesse verletzt wird, Ersatz dieses letzteren vom Verkäufer verlangen darf".[5]

Eine Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums — im Rechtssinne (siehe Seite 11 oben) — wird durch diese beiden Sätze Ecks nicht behauptet. Haften soll der Verkäufer erst dann, wenn durch die Nichtverschaffung des Eigentums das Interesse des Käufers verletzt wird. Wenn es auf der anderen Seite heißt, der Verkäufer könne zur Erfüllung der Formen angehalten werden, die nach Partikularrechten zur Übereignung von Grundstücken erforderlich sind, so liegt darin ebenfalls keine Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums, sondern nur zur Vornahme von Handlungen, durch die dann Eigentum übergeht, wenn der Verfügende Eigentümer ist. Die fraglichen Formalitäten stehen also in dieser Hinsicht auf derselben Stufe wie die Tradition. Erst wenn aber der Verkäufer auch dafür haftet, daß durch die Übereignungshandlung wirklich Eigentum übergeht, wenn er für den objektiven Erfolg der Tradition oder der betreffenden Formalitäten einzustehen hat, liegt eine Verpflichtung zur Eigentumsgewährung vor. Das fordert Eck aber nicht. Im Übrigen werden jedoch, wie auch aus den oben wiedergegebenen Eck'schen Sätzen hervorgeht, in seinen Ausführungen zwei Dinge nebeneinander behandelt, die hier von einander getrennt werden sollen: Der Zweck des Käufers von der Haftung des

5) A. a. O. Seite 43.

Verkäufers für den Erfolg,[6] bezw. „die ursprüngliche Leistungspflicht von der eventuellen Garantiepflicht",[7] bezw. der Wille der Parteien beim Abschluß des Kaufes von der Frage, wie die Verhältnisse sich gestalten, wenn das Recht des Verkäufers nicht ausreichte, um seinen erklärten Willen auszuführen. Diese beiden Dinge gehen, wie Kohler sagt, im römischen Recht nicht pari passu. Die Garantiepflicht bleibt hinter der ursprünglichen Leistungspflicht zurück. Die Haftung des Verkäufers entspricht nicht dem von den Parteien mit dem Kaufe befolgten Zwecke. Der Wille der Parteien richtet sich auf das Geben und Nehmen von Eigentum, der Verkäufer haftet aber nicht für die Verschaffung des Eigentums. Die gesamten Ausführungen Ecks gehen nun offenbar darauf hinaus, zu beweisen, daß die Gewährleistungspflicht des Verkäufers sich entsprechend dem auf Eigentumsübergang gerichteten Zwecke des Kaufes über das ursprüngliche Eviktionsprinzip hinaus einer Haftung auf Verschaffung des Eigentums in manchen Punkten erheblich genähert hat, — genähert, denn zu einer völligen Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums ist das römische Recht auch in seiner letzten Entwicklung nicht vorgedrungen.

I. Der Zweck des Kaufes ist Übergang des Eigentums. Auf das Geben und Nehmen von Eigentum geht der Wille der Parteien.[8] Der Kauf ist nicht bloß gerichtet auf Übergang des Besitzes.[9]

6) Bechmann a. a. O. Seite 546.

7) Kohler a. a. O. Seite 236.

8) Baron a. a. O. Seite 459.

9) Vgl. auch Windscheid a. a. O. Bd. 2, Seite 608 Anm. 3: „Es ist nicht erforderlich die Verschaffung des Rechts. Aber die

Die Quellen erklären, daß ein Rechtsgeschäft, bei dem zwischen den Parteien ausgemacht wird, es solle kein Eigentum übergehen, gar kein Kauf sei. l. 80 § 2 Dig. de contr. emt. 18,1: „Nemo potest, videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus".[10]

Der Kauf könnte auch nicht eine justa causa dominii transferendi[11] genannt werden, wenn der Wille der Kontrahenten sich nicht nach römischer Auffassung auf Übergang des Eigentums, sondern auf Verschaffung des Besitzes richtete.[12]

Weiter heißt es in den Quellen, daß durch die Tradition Eigentum übergeht, wenn der Verkäufer Eigentümer war. Das wäre nicht möglich, ohne daß der Wille der Parteien auf Übereignung gerichtet wäre. Ein auf Übergang des Eigentums gerichteter Wille wird also beim Kaufe für selbstverständlich gehalten.[13] Vergl. l. 11 § 2 Dig. de act. empt. vend. 19,1: „Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est

Verschaffung des Rechts widerspricht dem Wesen des Kaufvertrages nicht. Umgekehrt, der Kaufvertrag ist auf Verschaffung des Rechts gerichtet. Der in dem Kaufvertrage erklärte Wille des Verkäufers geht darauf, daß der Käufer die Sache dem Rechte nach, nicht daß er sie bloß tatsächlich habe. Der Wille des Verkäufers geht auf tatsächliches Haben überhaupt nicht, oder doch nur insofern, als das tatsächliche Haben die Konsequenz des rechtlichen Habens ist."

10) Baron a. a. O. Seite 459. Eck a. a. O. Seite 25. Bernhöft a. a. O. S. 74. Bechmann a. a. O. Bd. 1. Seite 546. Dernburg, Pandekten Bd. 2, Seite 254.

11) l. 31 Dig. de adqu. rer dom. 41,1.

12) Vgl. Eck a. a. O. Seite 24.

13) Eck a. a. O. Seite 24. Baron a. a. O. Seite 459. Kohler a. a. O. S. 237.

tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum“ . . . .[14]

Ja, der Käufer wird sogar dann Eigentümer, wenn er sich nicht darüber klar ist, ob ihm vom Eigentümer tradiert wird: l. 9 § 4 Dig. de jur. et fact. ign. 22,6: „Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur“.[15] Auch dieses wäre nicht denkbar, ohne den animus transferendi et accipiendi dominii bei den Kontrahenten.

Als irrtümlich ist daher die Ansicht derjenigen Schriftsteller zu bezeichnen, welche Eigentumsübergang als etwas dem Kaufe so Widersprechendes ansehen, daß sie erklären, ein Kauf liege gar nicht vor, wenn der Wille der Parteien sich auf Übereignung richte.[16] Vielmehr ist der auf Geben und Nehmen des Eigentums gerichtete Wille der Parteien gerade für den Kauf wesentlich. Wo ist aber dieser Wille beim Kaufe zu suchen? Bereits beim Kaufabschluß oder nur bei der Besitzübergabe? Beides ist möglich. Obwohl es sich hier in erster Linie um die Haftung des Verkäufers handelt, ist die kurze Erörterung dieser Frage unerläßlich.

Man kann entweder sagen, der Kauf sei ein rein obligatorischer Vertrag, in dem die Parteien sich ver-

14) „si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat“, fährt die Stelle fort. Im ersten Teil ist ein auf Übereignung gerichteter Wille vorausgesetzt; dem wird im zweiten Teile die Haftung des Verkäufers gegenübergestellt, die hinter dem Willen der Parteien zurückbleibt.

15) Eck a. a. O. Seite 24. Baron a. a. O. 459. Bernhöft a. a. O. Seite 74.

16) Koch a. a. O. Bd. 3, § 321 Seite 749.

pflichten, später durch Vollzug der traditio Eigentum zu geben und zu nehmen. Dann gehört der animus dominii transferendi et accipiendi nicht zum Kaufe selbst, sondern es folgt dem Kaufe eine Besitzübergabe mit dem Willen der Übereignung: die traditio.[17] Oder man geht davon aus, daß der Übereignungswille schon durch den Kaufabschluß erklärt werde. Dann ist der Kauf nicht nur ein verpflichtender, sondern zugleich ein dinglicher Vertrag; dinglich, weil bereits durch Abschluß des Kaufes eine Verfügung über den Kaufgegenstand getroffen wird, die allerdings erst später wirksam wird; verpflichtend, weil der Verkäufer durch Erklärung seines auf Übereignung gerichteten Willens verbunden ist, den dinglichen Vertrag durch die Herstellung eines dem Inhalte desselben entsprechenden Zustandes wirksam zu machen. Die Tradition ist also in diesem Falle eine bloße Vollzugshandlung und bewirkt nur den rechtmäßigen Besitzwechsel.[18]

Dahin geht im Wesentlichen die Ansicht von Windscheid[19] und Bernhöft.[20] Letzterer hat den Gedanken im Einzelnen genau ausgeführt. Er weist vor allem darauf hin, daß zur usucapio pro emptore bona fides nicht nur bei der Übergabe, sondern bereits

17) Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten Bd. 2 Seite 258.

18) Vgl. Bernhöft a. a. O. Seite 85. „Traditio hat bei den Römern zwei Bedeutungen, das Wort bezeichnet entweder nur die äußere Tatsache des rechtmäßigen Besitzwechsels im Gegensatz zu der inneren Tatsache, dem dinglichen Vertrage, oder es bezeichnet beides zusammen, die äußere Tatsache, wie den dinglichen Vertrag."

19) A. a. O. Bd. 2, Seite 208 Anm. 2.

20) A. a. O. Seite 58 fg.

beim Kaufabschluß gefordert werde,[21] daß ferner der Verkäufer bereits durch Abschluß des Kaufvertrages über eine fremde Sache ein furtum begehe.[22]

Vor allem aber erscheint der Kauf als dinglicher Vertrag in jenen zahlreichen Fällen, wo offenbar von einem selbständigen dinglichen Übergabevertrage abgesehen wird.[23] Denn diese Erscheinung erklärt sich nur dadurch, daß der animus transferendi et accipiendi dominii bereits durch den Kaufabschluß erklärt wird.[24]

Es lassen sich aber auch Quellenstellen beibringen, die beweisen, daß der Kauf nicht durchweg als „Entäußerungsvertrag"[25] aufgefaßt worden ist, sondern als ein Kontrakt, durch den sich die Parteien lediglich verpflichten, zu einer anderen Zeit Eigentum zu geben und zu nehmen. Es mag vor allem darauf hingewiesen werden, daß l. 67 pr. Dig. de verb. sign. 50, 16 ausdrücklich hervorhebt, „venditio" sei nicht gleich „alienatio"; (Ulpian) „Alienatum" non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: „venditum" tamen recte dicitur.

Wenn nun auch die in den Quellen sonst häufig vorkommende Identifizierung der Begriffe „venditio" und „alienatio"[26] das Vorhandensein einer Auffassung beweist, die dem Kauf dingliche Wirkung zusprach, so ist nach den Worten Ulpians doch anzunehmen, daß sich zu seiner Zeit bereits eine andere Meinung geltend

21) Vgl. z. B. l. 2 Dig. pro empt. 41, 4.
22) § 3 c. f. Inst. usuc. 2. 6.
23) Vgl. z. B. l. 78 Dig. de contr. empt. 18,1
24) Vgl. Bernhöft a. a. O. S. 84; überhaupt S. 81—90.
25) Vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 306.
26) Vgl. die Nachweise bei Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 608

machte.[27] Das geht auch aus folgender Stelle hervor:[28] l. 5 Dig. de adqu. vel amitt. poss. 41,2: (Paulus) „Si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nanctus fueris possessionem, praedo es: aeque si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es". So würde Paulus nicht geschrieben haben, wenn er bei dieser Gelegenheit von der dinglichen Natur des Kaufes überzeugt gewesen wäre.

Offenbar finden sich also in den Quellen zwei Auffassungen nebeneinander. Es fragt sich, welcher man für das gemeine Recht den Vorzug zu geben hat. Die Entscheidung kann nicht schwer fallen, wenn man annimmt, daß der Kauf, der ursprünglich jedenfalls rein dinglicher Natur gewesen ist[29] und erst später auch verpflichtende Wirksamkeit erhielt — schließlich lediglich obligatorischer Vertrag geworden ist.[30]

Die jüngere Auffassung, welche dadurch entstanden ist, daß man sich daran gewöhnte, beim Kaufe die Über-

27) Vgl. über die l. 67 Dig. de verb. sign. 50,16 Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 255 Anm. 6. Köppen in Iherings Jahrbüchern Bd. 11. S. 391 Anm. 497. Karlowa a. a. O. S. 212 fg

28) Vgl. über dieselbe Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 255 Anm. 6.

29) Vgl. die alte Manzipationsformel: Gajus I, 119 III, 167: „hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra."

30) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 457, wo ausgeführt wird, daß der Kaufkontrakt sich aus dem Realkaufe entwickelte und „daß ihm in Folge dessen noch Reste der durchlaufenen Entwickelung anhaften." Vgl. auch Brinz a. a. O. § 280; Bechmann a. a. O. Bd 1 S. 610.

gabe aufzuschieben,[31] hat schließlich den Sieg davongetragen. Justinian brachte das zum Ausdrucke, indem er den Kauf in den Institutionen und Pandekten nicht neben die donatio, sondern vor die locatio conductio stellte.[32] Wenn sich daher in den Quellen nun auch noch zahlreiche Spuren der älteren Auffassung finden, so wird man doch für das gemeine Recht der jüngeren folgen und den Kauf als bloß verpflichtenden Vertrag bezeichnen müssen. Der animus transferendi et accipiendi dominii gehört nur zur Übergabe. Durch den Abschluß des Kaufes übernehmen die Parteien nur die Verpflichtung, später den Willen zu haben, Eigentum zu geben und zu nehmen. Damit dürfte erklärt sein, was gemeint war, wenn oben gesagt wurde, der Zweck des Kaufes sei Eigentumsübertragung, und auf das Geben und Nehmen von Eigentum der Wille der Kontrahenten gerichtet.

II. Wie weit wird nun aber dieser Zweck vom Rechte berücksichtigt? Der Verkäufer hat nur die Übereignungshandlung vorzunehmen, das heißt regelmäßig zum Zwecke der Übereignung die Sache zu übergeben Wo aber von vornherein feststeht, daß die Übergabe allein zur Übereignung nicht genügt, muß er noch mehr tun. Im klassischen römischen Recht mußte er daher bei res

---

31) Vgl. Bernhöft a. a. O. S. 87.

32) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 213: „Sie (d. h. Institutionen und Pandekten) stellen ihn dar als ersten der Fälle, in welchen consensu fiunt obligationes. Wäre er nach Auffassung der Quellen erst in zweiter Linie auf Begründung einer Obligation gerichtet, so würde es sachentsprechender gewesen sein, ihn neben die donatio zu stellen."

mancipi nicht nur den Besitz überlassen, sondern auch manzipieren.[33–45]

Das justinianische Recht kennt keine spezifischen Übereignungsformen mehr. Auch an res mancipi geht das Eigentum durch Tradition über. Man wird aber für das gemeine Recht überall da, wo Partikularrechte wieder den Übergang des Eigentums von der Erfüllung besonderer Formen abhängig gemacht haben, außer der Tradition die Erfüllung derselben vom Verkäufer verlangen dürfen, zum Beispiel Abgabe von Erklärungen oder Unterschriften vor einer Behörde, Umschreibung im Grundbuch, Aushändigung von Urkunden u. s. w.[46]

Verliert der Verkäufer ohne seine Schuld die Möglichkeit zur Übergabe, weil ihm die verkaufte Sache

---

33)–45) Gajus IV, 131 a. Paulus sent. rec. I. 13 a, § 4. — Unterholzner a. a. O. S. 259. Eck a. a. O. S. 25. Baron a. a. O. S. 459. Bechmann a. a. O. Bd. 1 S. 459. — Kohler a. a. O. S. 237. Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 149. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 610 Anm. 8 b. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 243. — Anderer Meinung Bernhöft a. a. O. S. 182. Bernhöft versteht die Stelle des Paulus nur von res mancipi, während man wohl annehmen muß, daß sie von res nec mancipi und res mancipi handelt.

46) Baron a. a. O. S. 459. Eck a. a. O. S. 25, 43. Kohler a. a. O. S. 237. – Schneider in der Zeitschrift für sächsische Rechtspflege und Verwaltung, Neue Folge Bd 12 S. 521 und 522. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 610 Anm. 8 b. Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 268 Anm. 3. Auch die Praxis vgl. Seufferts Archiv Bd. 32 No 224. Ferner Bd. 39 No. 98 (Entscheidung des Reichsgerichts): „Die Erfüllung des Kaufvertrages erfordert nicht, daß der Verkäufer den Käufer zum Eigentümer mache. Dem Verkäufer liegt vielmehr nur ob, dem Käufer die Sache zum Zwecke der Eigentumsübertragung zu tradieren und für Eviktion zu haften. Die Traditionspflicht, welche gemeinrechtlich nur Besitzübertragung fordert, schließt ihrem angegebenen Zwecke gemäß da, wo landesgesetzlich für die Eigentumsübertragung besondere Formen vorgeschrieben sind, auch die Pflicht zur Beachtung dieser Formen in sich."

z. B. vorher gestohlen wird, so muß er dem Käufer seine Klagen auf Wiedererlangung der Sache abtreten, und zwar nicht die possessorischen, sondern gerade die petitorischen Rechtsmittel, d. h. die rei vindicatio und condictio furtiva: l. 35 § 4 Dig. de contr. empt. 18,1: „Si res vendita per furtum perierit . . . . vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori". Auch hierin zeigt sich wieder, daß der Zweck des Kaufes nicht blos Besitz-, sondern in erster Linie Eigentumserwerb ist.[47] Nicht richtig jedoch dürfte Eck die l. 46 Dig. de act. empt. vend. 19,1 beurteilen: „Si quis alienam rem vendiderit et medio tempore heres domino rei exstiterit, cogetur implere venditionem".

Der Käufer, „dessen auctor erst nach geschehener Übergabe das Eigentum der Sache erworben hat",[48] soll nachträgliche Abtretung des Eigentums verlangen können. Daß die Übergabe aber bereits geschehen ist, legt Eck in die Stelle hinein. Eine Sache ist bereits „res vendita", ehe sie übergeben ist.[49] Zwar wird man Beispiele in den Quellen finden, wo die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß auch die Übergabe bereits erfolgt ist, obwohl nur von einer „res vendita" gesprochen wird.

Im vorliegenden Falle wäre jedoch eine derartige Auslegung unbegründet. Die Stelle sagt also wohl weiter nichts, als daß der Verkäufer einer fremden Sache — die er wegen des ihm fehlenden Eigentums

47) Eck a. a. O. S. 26. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 611.

48) Eck a. a. O. S. 26.

49) Vgl. statt vieler anderer Stellen z. B. l. 35 § 4 de contr. empt 18,1 oder den Ausdruck „exceptio rei venditae et traditae."

gar nicht besaß, also auch nicht tradieren konnte — wenn er nachträglich Eigentümer derselben wird, das tun muß, was die Römer unter „implere venditionem" verstehen, d. h. die Sache zum Zwecke der Übereignung übergeben.[50] [51]

Der Verkäufer hat durch Vornahme der Übereignungshandlung zunächst genug getan; die „primäre Leistungspflicht"[52] ist erfüllt. Er haftet nicht dafür, daß Eigentumserwerb des Käufers auch wirklich die Wirkung der Übergabe ist.[53] Vielmehr tritt, wie gesagt, die Gewährleistungspflicht nur unter bestimmten Voraussetzungen ein. Es sind mancherlei Vermutungen darüber aufgestellt worden, welches der Grund dieser eigenartigen Gestaltung des Kaufs sei.[54] Darauf soll hier jedoch nicht eingegangen werden. Nur soviel ist zu sagen, daß die Kürze der Ersitzungszeit den Käufer in gewissem Maße dafür entschädigte, daß er den Verkäufer nicht sofort wegen des fehlenden Rechtes in Anspruch nehmen konnte. Schon im justinianischen Recht wurde nun aber die Usukapionsfrist auf 3 bezw. 10 und 20 Jahre ausgedehnt, was gemeines Recht geworden ist. Dazu ist außerdem nach gemeinem Recht die Ersitzung noch durch den Grundsatz „mala fides superveniens nocet" wesentlich erschwert. Man muß aber trotzdem dabei bleiben,

50) 51) Wie Eck jedoch Kohler a. a. O. S. 237.

52) Kohler a. a. O. S. 236.

53) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 212. „Der Verkäufer ist wohl zur Übergabe mit animus dominii transferendi, aber nicht zum dare, d. h. zur Übergabe mit der Wirkung des Eigentumserwerbes verpflichtet."

54) Vgl. z. B. Keller a. a. O. § 329. Eck a. a. O. S. 28. Baron a. a. O. S. 459. Kohler a. a. O. S. 241 fg.

daß der Verkäufer nicht auf Verschaffung des Eigentums haftet, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen in Anspruch genommen werden kann.' Am wichtigsten ist die Haftung des Verkäufers für Eviktion. Führt die rechtliche Mangelhaftigkeit der Lage, in die er den Käufer gebracht hat, dahin, daß dem Käufer der Besitz der Sache wieder entzogen wird, so haftet der Verkäufer auf das Interesse.[55] Auch kann der Käufer Zahlung des Kaufpreises verweigern.[56] Der Grund des Besitzverlustes braucht natürlich nicht gerade fehlendes Eigentum zu sein. Es ist möglich, daß der Käufer zwar Eigentum erworben hat, aber ein Eigentum, das durch Rechte Dritter eingeschränkt wird. So kann ein auf der Sache lastendes Pfandrecht die Eviktion veranlassen und der Verkäufer ist zur Gewährleistung selbstverständlich auch dann verbunden. Das sagen schon die Quellen, wenn es sich um den Verfall der duplae stipulatio handelt: l. 34 § 2 Dig. de evict. 21,2: „Duplae stipulatio evictionem non unam continet, si quis dominium rei petierit et evicerit, sed et si Serviana actione experiatur".[57] Dasselbe gilt, wenn ein Dritter einen ihm zustehenden Nießbrauch geltend macht.[58]

In solchen Fällen, wo zwar nicht das Eigentum, aber ein sonstiges Recht eines Dritten die Besitzentziehung bewirkt, pflegt man mit Rücksicht darauf, daß

55) Er kann sich auch dadurch befreien, daß er dem Käufer die Sache wieder verschafft, wofern er ihm nur den außerdem entstandenen Schaden ersetzt; l. 67 Dig. de ev. 21,2.

56) l. 13 § 9 Dig. de act. empt. vend. 19,1 in Verbindung mit l. 11 pr. Dig. de evict. 21,2.

57) Vgl. auch l. 35 Dig. de evict. 21,2.

58) l. 66 Dig. de contr. empt. 18,1.

die Sache nicht gänzlich aus dem Vermögen des Käufers kommt, da er ja sein Eigentum behält, wohl von teilweiser Eviktion zu sprechen.[59] Doch gibt es natürlich auch eine teilweise Eviktion im eigentlichen Sinne des Wortes; z. B. es wird ein Teil des gekauften Grundstückes entwehrt. Endlich spricht man auch wohl von teilweiser Eviktion, wenn zwar der Besitz der Sache dem Käufer nicht entzogen, aber ein Recht an der Sache geltend gemacht wird, das die faktische Herrschaft des Käufers, das „habere licere" beeinträchtigt, z. B. eine Grunddienstbarkeit. Jedoch schadet das dem Verkäufer nach der herrschenden Meinung[60] regelmäßig nicht. Er haftet nur dann, falls ihm ein dolus zur Last fällt, oder wenn er ausdrücklich einen „fundus optimus maximus" verkauft, d. h. die Freiheit von Grunddienstbarkeiten zugesichert hat:

l. 59 Dig. de contr. empt. 18,1. Celsus libro octavo digestorum: „Cum venderes fundum non dixisti „ita ut optimus maximusque" verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum sed qualis esset, fundum praestari oportere: idem et in urbanis praediis dicendum est.[61]

Daß die Eviktion infolge eines gerichtlichen Urteils geschehen sei, ist richtiger Ansicht nach nicht erforderlich. Vielmehr darf der Käufer auch dann sein Interesse

59) Vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 273.

60) Abweichend z. B. Neustetel a. a. O.

61) Bekker a. a. O. S. 265. Dernburg, Pandekten Bd. 2 S. 273 Anm. 20. — Keller a. a. O. S. 622. — Müller a. a. O. S. 196 fg. — Sintenis a. a. O. S. 623 fg. Vangerow a. a. O. Bd. 3 § 6 0. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 476 Anm. 28. Die im Text vertretene Ansicht ist jedoch auf Grund der l. 61 Dig. de

fordern, wenn das Recht des Dritten so unzweifelhaft erschien, daß er sich mit gutem Gewissen nicht auf einen Prozeß einlassen konnte.[62] Folgende Stelle wird man wohl in diesem Sinne auslegen dürfen: l. 11 § 12 Dig. de act. empt. vend. 19,1: „. . . . sive defendat noxali judicio sive non, quia manifestum fuit servum noxium fuisse, nihilominus vel ex stipulatu vel ex empto agere posse".[63]

Allerdings sagt l. 17 C. h. t. 8,44 das Gegenteil: „Si cum quaestio tibi super eo quem comparaveras commoveretur, auctorem tuum certum fecisti nec citra judicis disceptationem eum quem emeras tradidisti, praeses provinciae in damnis quae te tolerasse meministi medelam juris adhibebit." Dazu

---

aed. edict. und l. 15 § 1 Dig. de evict. 21,2 bekämpft worden (Neustetel in seinen und Zimmerns röm. rechtl. Untersuchungen S. 216 fg. Kritz a. a. O. S. 137 fg. Westphal, vom Kauf, § 233). Nach Vorgang der Glosse wird behauptet, es dürfe mit der actio quanti minoris auf Minderung des Kaufpreises geklagt werden. Doch ist von verschiedenen Seiten dararauf hingewiesen worden, daß diese beiden Stellen nur davon reden, „was der Veräußerer zu leisten hat, wenn der Käufer einen Eviktionsanspruch wegen Grundgerechtigkeiten hat." Sie äußern sich nicht darüber, „wann ein solcher geltend gemacht werden kann." (Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 273 Anm 20. Vgl. auch Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 477 Anm. 28.

62) Dem Käufer liegt in solchem Falle aber der Beweis ob, daß der Prozeß überflüssig gewesen sein würde. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 628.

63) Die gegnerische Meinung macht hier den Einwand, daß man die Stelle nicht benutzen könne, da sie von einem Noxalanspruch handele. Dabei sei nach anderen Grundsätzen zu unterscheiden. Für die Eviktionslehre sei die Geltendmachung eines Noxalanspruchs daher nicht brauchbar. Aber die Noxalklage entzieht dem Käufer doch jedenfalls den Werth der Sache, sei es, daß er sie herausgiebt oder dafür zahlt. Lehmann a. a. O. Bd. 1 S. 394.

bemerkt aber Bekker:[64] „Der Sinn dieses Reskriptes ist kurz: Du erzählst das so: verhält sich alles so, wie du erzählst, so wird dir geholfen werden. Damit ist aber nicht gesagt, daß, wenn sich einiges anders verhielte als hier, nicht auch zu helfen wäre". Dem wird man zustimmen müssen.[65]

Auf den Fall der Entwehrung blieb die Haftung des Verkäufers nicht beschränkt In dieser Beziehung ist zunächst daran zu erinnern, daß der Käufer den Preis bereits zurückhalten kann, wenn Eviktion nur droht,[66] ein Recht, das von der Praxis weit ausgedehnt worden ist.[67]

Eine bekannte weitere Ausnahme vom Eviktionsprinzip ist die sofortige Haftung des Verkäufers, wenn er absichtlich einem Gutgläubigen eine fremde Sache verkauft.[68] Darin liegt nach römischer Auffassung ein dolus. Wer durch Abschluß des Kaufes erklärt, Eigentum übertragen zu wollen, obwohl er weiß, daß er jeden-

---

64) a. a. O. S. 288.

65) Was die l. 56 § 1 Dig. h t. 21,2 anbetrifft, so besagt sie wohl weiter nichts, als daß das Urteil eines Schiedsgerichts dem eines ordentlichen Gerichtes insofern nicht gleichsteht, als der Kaufer sich bei der Führung des erwähnten Beweises nicht auf ein solches berufen kann. Bekker a. a. O. S. 288. Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 632. Windscheid a. a. O. Bd 2 S. 474 und die dort citierten Schriftsteller. Auch die Praxis steht auf diesem Standpunkt: vgl Seufferts Archiv Bd. 16 S. 37.

66) sogen. exceptio evictionis imminuentis l. 24 C. de eviet. 8.44.

67) Vgl. Bekker a. a. O. S. 323 fg. Wenn Bekker zur Retention des Kaufpreises den Beginn des Prozesses für notwendig erklärt, so dürften die Worte „denuntiatum ab aliquo" in l 24 C. de eviet. 8.44 dem widersprechen. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 611. Eck a. a. O. S. 34. Dernburg. Pandekten Bd. 2 S. 268 Anm. 13.

68) l. 30 § 1 Dig. de act. empt. vend. 19.1; l. 11 § 15 § 18 eodem.

falls in dem betreffenden Augenblick nicht dazu in der Lage ist, begeht gegen den anderen Kontrahenten ein Unrecht.[69] So wird man wenigstens nach dem oben vertretenen Standpunkt die strenge Haftung des Verkäufers — sie kommt ja in diesem einen Falle einer Haftung auf Gewährung des Eigentums gleich — erklären müssen.

Diese beiden Ausnahmen pflegten auch in der älteren gemeinrechtlichen Literatur erwähnt zu werden. Aber die Römer gingen viel weiter. Noch am nächsten grenzen an die Fälle eigentlicher Eviktion diejenigen, wo zwar nicht die gekaufte Sache selbst, aber Sachen entwehrt worden sind, die der Käufer, falls er Eigentümer der Kaufsache gewesen wäre, in seinem Vermögen behalten hätte. Wenn auch die in den Quellen enthaltenen Beispiele von der Entwehrung des Kindes der gekauften Sklavin oder einer dem gekauften Sklaven zugefallenen Erbschaft[70] im gemeinen Recht nicht mehr praktisch sind, so werden sie doch entsprechende Anwendung finden müssen. Man denke z. B. an die Eviktion der Hälfte des im Kaufgrundstück gefundenen Schatzes. Die eine Hälfte gehört dem Finder, die andere normaler Weise dem Eigentümer des Grundstückes. Da der Käufer nicht Eigentümer ist, wird ihm sein Anteil am Schatze vom wahren Grundstückseigentümer evinziert.[71] Man wird dafür den Verkäufer haften lassen

Weiter entfernen sich vom Eviktionsprinzip bereits die Fälle, wo der Käufer zwar nicht durch Eviktion ein-

69) Bernhöft a. a. O. S. 108, 182. Eck a. a. O. S. 26.
70) l. 8 Dig. de evict. 21.2. Bernhöft a. a. O. S. 177.
71) Eck a. a. O. S. 34.

büßt, sondern freiwillig veräußert, aber wegen des fehlenden Eigentums einen von der Veräußerung erwarteten Vorteil nicht hat. Die Quellen erwähnen folgende zwei Fälle: Eine Frau hat einen Sklaven vom Nichteigentümer gekauft. Diesen Sklaven gibt sie ihrem Ehemanne, der der wahre Eigentümer ist, in dotem. Nun ist sie indotata. Die stipulatio duplae konnte hier nicht verfallen, Afrikanus gibt aber eine actio empti auf das Interesse, weil die Frau indotata ist:

l. 24 Dig. de evict. 21,2: „Non tamen ei consequens esse, ut et, si ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus; quamvis aeque indotata mulier futura sit, quoniam quidem, etiamsi verum sit habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit judicio eum evictum esse, ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem.[72]

Der zweite Fall behandelt die Freilassung des gekauften Sklaven. Der Käufer erwirbt, weil er nicht Eigentümer geworden ist, durch die Freilassung nicht das erwartete Patronatsrecht.[73] Ulpian entschied, daß aus der duplae stipulatio hier nicht geklagt werden könne.[74]

Paulus will die actio emti geben. In der l. 20 Dig. de evict. 21,2 beschränkt er aber ihre Zulässigkeit noch auf zwei Fälle: „Sed hoc nomine, quod libertum quis non habeat ex vendito actionem

72) Eck a. a. O. S. 30. Bernhöft a. a. O. S. 176. Windscheid a. a. O. Bd. 2. S. 611.

73) Vgl. Eck a. a. O. S. 30. Bernhöft a. a. O. S. 173 fg.

74) l. 25 Dig. de evict. 21,2.

habet, si scierit venditorem alienum se vendere. Sed et si ex causa fideicommissi emptor coactus fuerit eum manumittere, ex empto actionem habebit".

In einer anderen Entscheidung geht er aber im Einverständnis mit Julian, der die Haftung des Verkäufers am meisten ausdehnte,[75] soweit, daß er in solchem Falle die actio empti unbeschränkt zuläßt.[76]

Noch weiter ging Gajus in der erwähnten l. 35 § 4 Dig. de contr. empt. 18,1. Wenn der Verkäufer vor der Übergabe die Kaufsache ohne eigene Schuld einbüßt, so muß er dem Käufer die rei vindicatio oder condictio furtiva zedieren. Kann er das nicht, weil ihm das Eigentum fehlte, so entscheidet Gajus „ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset potuisset eas actiones ad emptorem transferre". Auch hier haftet also der Verkäufer, weil das Interesse des Käufers durch das dem Verkäufer fehlende Eigentum geschädigt wird.[77]

Die weiteste Ausdehnung der Haftung des Verkäufers zeigt sich darin, daß der Verkäufer den Kaufpreis zurückgeben muß, wenn der Käufer das Eigentum nicht vom Verkäufer erworben hat, es aber nachträglich von dritter Seite erlangt. Es liegt darin einmal natürlich keine Entwehrung; man wird aber auch nicht einmal sagen können, daß der Käufer durch das dem Verkäufer mangelnde Eigentum einen Schaden erleidet; durch den Mangel des Eigentums ist ihm ja nichts entgangen.[78]

---

75) Vgl. Bernhöft a. a. O. S. 173.
76) l. 43 Dig. de act. empt. vend 19,1.
77) Eck a. a. O. S. 31. Bernhöft a. a. O. S. 170.
78) Bernhöft a. a. O. S. 180.

Nur wenn der Käufer die Sache dem wahren Eigentümer noch einmal abkauft, — diesen Fall berichtet Pomponius in der l. 29 pr. Dig. de evict. 21,2 —, ist das der Fall. Er hat aber auch die actio emti auf Rückgabe des Kaufpreises, wenn er die Sache nachträglich unentgeltlich zu Eigentum erwirbt, sei es, daß sie ihm geschenkt wird,[79] oder daß er den Eigentümer beerbt.[80] Ganz allgemein wird der Satz ausgesprochen in folgender Stelle: Paulus sent. rec. II 17 § 8. „Fundum alienum mihi vendidisti, postea idem ex causa lucrativa meus factus est, si pars pretii numerata sit, competet mihi adversus te ad pretium recuperandum actio ex empto".

Wenn Eck[81] und Dernburg[82] in diesen Fällen eine Klage auf das Interesse geben wollen, so kann man dem nicht zustimmen. Die Vermutung von Eck, daß nur deshalb blos von einem pretium recuperandum die Rede sei, weil, wie sonst öfter, vorausgesetzt werde, daß pretium und wahrer Sachwert mit einander übereinstimmten, ist von ihm selbst nicht näher begründet worden. Man muß daher mit Windscheid[83] und Bernhöft[84] dabei bleiben, daß es sich lediglich um eine Rückgabe des gezahlten resp. Verweigerung des noch nicht geleisteten Kaufpreises handeln kann.

---

79) Dies folgt durch argumentum a contrario aus l. 57 § 1 Dig. de evict. 21,2. wo Gajus nur die actio ex stipulatu nicht zulassen will; vgl. Eck a. a. O. S. 32 Anm. 1.

80) l. 9 Dig. evict. 21,2 l. 41 § 1 eodem.

81) a. a. O. S. 33.

82) Pandekten Bd. 2 S. 274.

83) a. a. O. Bd. 2. S. 611 Anm. 8 l.

84) a. a. O. S. 177 fg.

Ein Überblick über diese verschiedenen Fälle der Haftung ergibt, daß sie sich, abgesehen von den eingangs erwähnten beiden Fällen — doloser Verkauf der fremden Sache, und drohende Entwehrung — unter folgenden beiden Gesichtspunkten vereinigen lassen. Der Verkäufer haftet auf das Interesse, wenn dem Käufer durch das fehlende oder mangelhafte Recht ein Vorteil entgeht — auch der Fall der Eviktion gehört natürlich hierher, wenn er auch aus praktischen Rücksichten, um die Entwicklung des römischen Rechts erkennen zu lassen, bereits ganz zu Anfang erwähnt worden ist — und hat keinen Anspruch auf den Preis, wenn der Käufer das Eigentum an der Sache von dritter Seite erlangt. Dieses ist im Wesentlichen der Standpunkt von Windscheid,[85] Bernhöft,[86] Eck[87] und Dernburg,[88] wobei nur, wie gesagt, die beiden letzterwähnten Schriftsteller mit Unrecht einen Interesseanspruch auch dann geben wollen, wenn der Käufer das Eigentum von dritter Seite erwirbt.

Betrachtet man dieses Ergebnis, so zeigt sich deutlich, daß die Haftung des Verkäufers immer mehr nach dem auf Eigentumserwerb gerichteten Zwecke des Kaufes gestaltet worden ist, ohne freilich zu einer völligen Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums entwickelt worden zu sein. Daher gilt auch noch für das gemeine Recht der Satz, daß beim Kaufe aus der bloßen Tatsache des nicht verschafften Rechts nicht gehaftet wird.

---

85) a. a. O. Bd. 2 S. 611.
86) a. a. O. S. 182.
87) a. a. O. S. 43.
88) Pandekten Bd. 2 S. 274.

Im Folgenden ist nunmehr noch Einiges über den Umfang — soweit es sich um den Interesseanspruch handelt — und über den Ausschluß der Haftung zu sagen.

§ 2.

Der Interesseanspruch.

Zur Geltendmachung des Interesseanspruchs dient die actio empti. Sie richtet sich regelmäßig gegen den unmittelbaren Vormann. Diesem muß es dann überlassen bleiben, sich seinerseits an den zu halten, von dem er erwarb, falls die Sache durch mehrere Hände gegangen ist. Der Regreß ist also ein Staffel-, kein Sprungregreß. Möglich ist jedoch, daß eine Abtretung der Klage stattfindet, so daß auf diese Weise ein regressus per saltum eintreten kann.[89]

Die Höhe des zu leistenden Interesses findet ihre Grenze in dem Doppelten des Kaufpreises. Die l. un. Cod. de sent. quae pro eo 7,47 läßt mit den Worten: „Sancimus . . . hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere . . . " keinen Zweifel darüber. Doch wird man sagen müssen, daß diese Bestimmung nur eingreift, falls eine Parteivereinbarung über die Höhe des Schadensersatzes nicht getroffen worden ist, daß es den Kontrahenten aber freisteht, eine solche in beliebiger Höhe zu treffen. Sonst hätte die l. 56 pr. Dig. de evict. 21,2 nicht in das Gesetzbuch Justinian's aufgenommen werden können.[90]

89) l. 59 Dig. h. t. 21.2 Keller a. a. O. S. 625.

90) Arndts a. a. O. § 303. Sintenis a. a. O. S. 625, 626. Vgl. auch Eck a. a. O. S. 18, 19 Müller a. a. O. S. 84. Ude a. a. O. S. 62. And. Mein. Sell a. a. O. Bd. 1 S. 239 und Rudorff in der Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 11 S. 9.

Über die Frage, welche Zeit für die Berechnung des Schadens maßgebend sein soll, herrscht Streit. Die herrschende Meinung entscheidet sich mit Recht für die Zeit der Eviktion — oder, wie man sich allgemein ausdrücken muß, für den Zeitpunkt des Eintritts desjenigen Ereignisses, welches das Recht des Käufers, den Verkäufer in Anspruch zu nehmen, ins Leben rief — und stützt sich dabei auf l. 45 pr. Dig. de act. empt. vend. 19,1 und l. 66 § 3, l. 70 Dig. h. t.[91]

Bei der Beurteilung der Höhe des Schadenersatzanspruches ist natürlich darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Käufer bereits Vorteile von der Kaufsache gehabt, z. B. Früchte aus einem gekauften Grundstück gezogen hat. Eine dahingehende Bestimmung enthält l. 16 C. de evict. 8,44. Auf der anderen Seite erhöht sich der Anspruch des Käufers, wenn ihm z. B. Kosten durch einen Evictionsprozeß erwachsen sind, oder wenn er

---

91) Bekker a. a. O. S. 307 Sintenis a. a. O. S. 478. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 632. And. Meinung Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 274, jedoch ohne sich wegen des Zeitpunktes auf Quellenstellen zu stützen. Denn die von ihm angeführten Quellenstellen: l. 8 Dig. h. t. 21,2; l. 25, l. 29 Cod. h. t. 844, besagen nur, daß das Interesse zu leisten sei, sagen aber nichts über den Zeitpunkt, der bei der Berechnung zu Grunde gelegt werden soll. Dernburg will daher nach allgemeinen Grundsätzen die Zeit des Urteils über die Regreßklage als den maßgebenden Zeitpunkt hinstellen. Diese Ansicht hat zweifellos die Billigkeit für sich, entspricht den allgemeinen Grundsätzen und wird daher für das jetzige bürgerliche Recht angenommen werden müssen, welches darüber keine Bestimmung enthält. Für das gemeine Recht läßt sie sich aber gegenüber so unzweideutigen Quellenzeugnissen, wie z. B. der l. 45 pr. Dig. de act. empt. vend. 19,1 nicht halten: „. . . . idque et Julianum agitasse Africanus refert: quod justum est: sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus est cum evincitur."

Verwendungen auf die Sache gemacht hat. l. 9, l. 16 C. de evict. 8,34 bestimmen schlechthin, daß Verwendungen zu ersetzen seien, doch ergeben sich aus anderen Stellen einige Modifikationen dieses Grundsatzes.

Die Verwendungen müssen eine Steigerung des Wertes herbeigeführt haben und sind nur dann vom Verkäufer zu ersetzen, wenn z. B. der von einer Eviktion betroffene Käufer ihren Ersatz vom Eigentümer nicht hat erlangen können.[92]

Steigerungen im Werte von so unverhältnismäßiger Höhe, wie sie unter normalen Verhältnissen nicht einzutreten pflegen, sollen nach dem Ausspruch der Quellen nicht berücksichtigt werden, oder es ist doch wenigstens auf die Vermögenslage des Verkäufers dabei zu sehen.[93]

Bei teilweiser Eviktion ist zu unterscheiden zwischen Entziehung eines reellen und der eines ideellen Teiles.[94] Handelt es sich um einen reellen Teil, so wird die Summe nach dem besonderen Werte dieses Teiles bemessen; es ist ja denkbar, daß gerade das Beste evinziert wird. Bei einem ideellen Teil wird natürlich in erster Linie auf die Quantität gesehen, doch ist auch in solchem Falle in Betracht zu ziehen, ob durch die Eviktion der Wert des dem Käufer Verbleibenden nicht gemindert wird. Denn jedes Interesse muß innerhalb der erwähnten Grenzen ersetzt werden.[95]

92) l. 43, l. 45 pr. § 1 Dig. de act. empt. vend. 19,1. Dernburg a. a. O. S. 274 Anm. 16.

93) l. 43 Dig. de act. empt. vend. 19,1 (a. E.)

94) l. 1. Dig. h. t. 21,2.

95) l. 64 Dig. h. t. handelt von Theileviktionen bei einer stipulatio duplae und hat daher gemeinrechtlich keine Bedeutung mehr. Dernburg a. a. O. Bd. 2. S. 274 Anm. 26. Bangerow a. a. O. § 610

§ 3.

Ausschluß der Haftung.

Der Käufer kann wegen eines Rechtsmangels nur dann Regreß nehmen, wenn ihm der Mangel im Recht zur Zeit des Vertragsschlusses nicht bekannt war. Wußte er von dem Rechte des Dritten, so ist der Anspruch ausgeschlossen,[96] falls nicht das Gegenteil ausgemacht ist,[97] z. B. dadurch, daß der Verkäufer die Beseitigung des Rechtsmangels versprach.[98]

Nicht richtig war die Meinung, welche dem Käufer, der den Rechtsmangel zur Zeit des Vertragsschlusses kannte, wenigstens den Anspruch auf Rückgabe des Kaufgeldes geben wollte. Sie fand sich bei Juristen der französischen und der niederländischen Rechtsschule, z. B. bei Callet und Voet, wird jedoch von neueren Schriftstellern kaum mehr vertreten.

Auch auf eine andere Streitfrage, die der erwähnten ähnlich ist, soll hier nicht eingegangen werden. Man behauptete nämlich früher und ganz vereinzelt tun es sogar noch moderne Schriftsteller, daß der Käufer, selbst wenn er von vornherein ausdrücklich auf die Haftung des Verkäufers verzichtete,[99] dennoch im Falle der Eviktion wenigstens den Kaufpreis zurückfordern dürfe. Den Anlaß zu dieser Meinung gab die l. 11 § 18 Dig.

96) l. 18, 27 C. h. t. 8, 44

97) l. 7 C. comm. utr. jud. 3, 38.

98) Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 273.

99) Die Meinung, daß die Gewährleistung für Eviktion überhaupt nicht ausgeschlossen werden könne, wird im modernen gemeinen Rechte nicht mehr vertreten. Die Anhänger derselben gingen davon aus, daß die Haftung für das rem habere licere ein essentiale negotii sei und damit der Parteiwillkür nicht unterstehe.

de act. empt. vend. 19,1. Die herrschende Meinung geht jedoch mit Recht dahin, daß der Erlaß der Gewährleistung den Verkäufer von jeder Verbindlichkeit befreie, es liege denn ein dolus des Verkäufers vor.[100]

Ferner ist die Haftung ausgeschlossen, wenn der Käufer schuldhafter Weise unterlassen hat, den Rechtsmangel unwirksam zu machen, obwohl dies z. B. durch eine Ersitzung in seiner Macht stand[101]. Falsch wäre es dagegen zu behaupten, die Gewährleistungspflicht sei davon abhängig, daß der Rechtsmangel bereits beim Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages besteht[102]. Freilich wird man sagen müssen, daß die unbedingte Haftung des Verkäufers nur eintritt, wenn der Rechtsmangel bereits zu der fraglichen Zeit bestand. Trat der Rechtsmangel erst nach dem Vertragsschluß, aber vor der Übergabe ein, so wird er nur haften, wenn ihn ein Verschulden trifft. Auf der anderen Seite versteht es sich von selbst, daß der Verkäufer nur für Rechtsmängel haftet, die bereits zur Zeit der Übergabe bestanden[103].

100) l. 21 C. de evict. 8,44; l. 69 pr. Dig. de evict. 21,2; vor Allem l. 11 § 18 Dig. de act. empt. vend. 19.1. vgl. dazu die Auslegung von Vangerow a. a. O. Bd. 3 § 610 Anm. 4.

101) l. 56 § 3 Dig. h. t.

102) Dagegen schreibt Nasse a a. O. S. 7: „Das Recht, auf Grund dessen die Kaufsache dem Käufer entzogen worden ist, muß vor der Übergabe derselben, nach gemeinem Recht sogar vor dem Abschlusse des obligatorischen Kaufvertrages bestanden haben. Im gemeinen Recht kann nämlich ein Recht eines Dritten, das erst nach dem Abschlusse des obligatorischen Vertrages durch Verfügung des Verkäufers (!) entstanden ist, nicht in Betracht kommen, da hier die Gefahr der Kaufsache mit dem Vertragsschlusse auf den Käufer übergeht." Der Satz „periculum est emptoris" betrifft doch nur die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung.

103) l. 11 pr. Dig. h. t. 21,2. Dernburg a a. O. Bd. 2 S. 272. Windscheid a. a. O. Bd. S. 630.

Bestritten ist, ob der Käufer seinen Anspruch dadurch verliert, daß er im Eviktionsprozesse seinem Auktor nicht den Streit verkündet. Einig ist man sich darüber, daß Streitverkündung dann nicht erforderlich ist, wenn der Verkäufer sich ihr dolos entzieht[104], wenn sein Aufenthalt unbekannt ist[105], oder wenn er darauf verzichtet[106]. Im Übrigen stehen sich in der Hauptsache zwei Meinungen gegenüber. Die eine besagt mit Rücksicht auf l. 7, l. 8 C. h. t, daß Unterlassung der Streitverkündung den Käufer regelmäßig jedes Anspruches beraube. Ist die Streitverkündung unterblieben, so braucht der Verkäufer nicht einmal nachzuweisen, das richterliche Urteil sei ungerecht gewesen, was ihm z. B. nach l. 51 pr. Dig. h. t. erlaubt ist[107]. Diese Meinung wird vertreten von Glück[108], Puchta[109], Keller[110] und Dernburg[111]. Nur aus Billigkeitsrücksichten wollen Puchta und Keller von dem Erforderniß der Streitverkündung für das gemeine Recht absehen, obwohl dies mit dem geschriebenen Recht nicht in Einklang stehe. Dernburg will dem Käufer zur Erhaltung seiner Ansprüche nur die Möglichkeit geben, daß er unabhängig von dem im Eviktionsprozesse ergangenen Urteil nachweise, er sei wegen des mangelnden Rechts des Verkäufers nicht in die kontraktmäßig bedungene Stellung gekommen. Dem-

104) l. 56 § 5 Dig. h. t. 21,2.
105) l. 56 § 6 Dig. h. t. 21,2.
106) § 63 pr. Dig. h. t. 21,2
107) Vgl. die übrigen bei Windscheid a a. O. Bd. 2 S. 628 Anm 8 und 9 citierten Stellen.
108) a a. O Bd. 20 S. 104.
109) a. a. O. § 362.
110) a. a. O. S. 622.
111) Pandekt. Bd. 2 S. 271.

gegenüber sieht die herrschende Meinung mit Recht vom Erforderniß der Streitverkündung ab, falls der Käufer nachweisen kann, daß der Verkäufer den Verlust des Prozesses nicht hätte abwenden können. Auch die Praxis hat sich auf diesen Standpunkt gestellt. Für die Richtigkeit dieser Meinung spricht vor Allem, daß der Käufer ja nicht einmal gezwungen ist, überhaupt Prozeß zu führen. Vielmehr kann er, wie erwähnt, die Sache dem Dritten dann herausgeben, wenn dessen Recht klar zu Tage tritt und ein Prozeß deshalb verwerflich ist. Es wäre widersinnig zu sagen, der Käufer brauche es zwar nicht auf einen Prozeß ankommen zu lassen, um sich seine Rechte gegen den Verkäufer zu erhalten, wenn er aber einmal prozessiere, so müsse er auch den Streit verkünden. Viele werden sich an diesem Argument nicht genügen lassen und gegenüber so bestimmten Aussprüchen, wie es die zitierten Kodexstellen[112] sind, ein anderes Zeugniß der Quellen verlangen. Daran fehlt es auch nicht: l. 53 § 1 h. t. 21, 1: „si cum possit emptor auctori denuntiare non denuntiasset idemque victus fuisset quoniam parum instructus esset, hoc ipse videtur dolo fecisse et ex stipulatu agere non potest".

Der dieser Stelle zu Grunde liegende Fall ist kurz der folgende: Dem Käufer ist die Kaufsache evinziert worden, aber nur deshalb, weil er nicht genau darüber Bescheid wußte. Hätte er den Verkäufer zugezogen, so

112) z. B. l 8 C. h. t. 8,44: „Emptor fundi nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit evicto praedio neque ex stipulatu neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussores ejus habet. Vgl. auch hier l. 17 C. h. t. 8, 44, sowie die von Bekker a. a. O. S. 296 fg. citierten Stellen.

hätte sich das Recht des Dritten als hinfällig erwiesen. Diese Handlungsweise ist dolos; der Käufer hat deswegen keinen Eviktionsanspruch. Also nicht die Unterlassung der Streitverkündung schlechthin beraubt den Käufer des Anspruches, sondern nur dann, wenn er dadurch einen Prozeß verloren hat, den er von Rechtswegen nicht zu verlieren brauchte. Daraus folgt, daß er Eviktionsleistung fordern kann, ohne Streitverkündung vorgenommen zu haben, wenn das Recht des Evinzenten unter allen Umständen den Verlust des Prozesses herbeiführen mußte.

Durch diese Ausführungen dürfte die herrschende Meinung gerechtfertigt sein.[113] Stets aber wird es im eigenen Interesse des Käufers liegen, seinem Auktor den Streit zu verkünden. Er befreit sich dadurch von dem erwähnten Beweise und schneidet dem Gegner den Einwand der unrichtigen Entscheidung oder nachlässigen Prozeßführung ab.[114] Jedenfalls hat aber Unterlassung der Streitverkündung nicht ohne Weiteres Ausschluß der Eviktionshaftung zur Folge.

113) Sie wird vertreten von Arndts a. a. O. § 303; Baron a. a. O. S. 517; Bekker a. a. O. S. 301; Brinz a. a. O. Bd. 2,1 S. 338 Anm. 21; Sintenis a. a. O. Bd. 2 § 116 Nr. 193 Unterholzner a. a. O. Bd. 1 S. 298 Note h. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 629 Anm. 12 folgt ihr ebenfalls, nur mit anderer Vertheilung der Beweislast. „Durch die Unterlassung der Anzeige ist nichts konstatiert, als die Nachlässigkeit der Prozeßführung von Seiten des Käufers; daß zwischen dieser Nachlässigkeit und dem Verlust des Prozesses ein Kausalzusammenhang bestehe, muß derjenige beweisen, der sich darauf beruft, der Verkäufer." Windscheid geht darin zu weit. Die Streitverkündung soll doch regelmäßig stattfinden und nur ausnahmsweise soll ihre Unterlassung keine Folgen haben.

114) §§ 74, 68 ZPO.

Es ist hier schließlich noch eine Ausnahmebestimmung zu erwähnen: bei Verkäufen, die Jemand während des Spieles macht, um weiter spielen zu können, besteht eine Pflicht zur Gewährleistung nicht.[115]

115) l. 2 § 1 Dig. quar. ver. 44,5.

Zweiter Teil.

Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 4.

Das Verschaffungsprinzip.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht, jedoch übereinstimmend mit fast sämtlichen modernen Privatrechtskodifikationen,[116] stand bereits der erste Entwurf zum BGB. auf dem Boden des sogenannten Verschaffungsprinzips.[117] Danach hat der Verkäufer die Sache nicht nur zum Zwecke der Übereignung zu übergeben, sondern dem Käufer auch für die Gewährung freien Eigentums zu haften. Die volle Konsequenz dieses Grundsatzes wurde jedoch vom ersten Entwurf im Einklange mit den neueren Kodifikationen, das Gesetzbuch von Zürich[118] allein ausgenommen, noch nicht gezogen. Zwar sollte der Käufer das Recht haben, bei Nichtverschaffung des Eigentums die Zahlung des Preises zu verweigern,[119]

116) ALR. I 11 § 1. Österr. GB. § 1053. Cod. civ. Art. 1582, 1583; Abweichend nur das sächs. BGB. 1082, 1089, 1092, 930 fg.

117) Motive Bd. 2 S. 213. Vgl. I. Entw. § 370.

118) Art. 1398, 1404, 1410.

119) Vgl. Motive Bd. 2 S. 217. Entw. § 374 S. 1, 2.

auch wohl auf Erfüllung klagen können[120] Damit glaubte man jedoch in der Durchführung des Verschaffungsprinzips weit genug gegangen zu sein.[121] Schadensersatz wegen Nichterfüllung sollte der Käufer regelmäßig nur nach vorausgegangener Entwehrung — wenn auch nicht blos gerichtlicher — beanspruchen können.[122]

Dieser Standpunkt bedeutete sogar einen Rückschritt gegenüber dem gemeinen Recht. Konnte dort wenigstens ein Anspruch in allen Fällen geltend gemacht werden, wo durch Nichtverschaffung des Eigentums das Interesse des Käufers verletzt ist,[123] so wollte der Entwurf gerade eine derartige Gestaltung der Gewährleistungspflicht vermeiden. Es heißt auf S. 220 des zweiten Bandes der Motive ausdrücklich: „Der Erwerber kann insbesondere nicht lediglich auf die Behauptung, daß er in irgend einer Weise durch das Bestehen des Rechtes des Dritten einen Schaden erleide, den Veräußerer wegen Nichtverschaffung des Rechtes in Anspruch nehmen".

Man wird auch ohne Weiteres zugeben, daß eine derartige Regelung verfehlt gewesen wäre, da es sich

120) Vgl. Motive Bd. 2 S. 218 Jedoch stand ihm nach der rechtskräftigen Verurtheilung des Schuldners der Rechtsbehelf des § 243 des Entw. (entsprechend § 283 BGB.) nicht zu, da der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung von vorheriger Entwehrung abhängig gemacht war. Vgl. I Entw. § 374 Satz 3 in Verb. mit § 377.

121) Motive Bd. 2 S. 217.

122) Motive Bd. 2 S. 217—219. I. Entw. § 375. ALR. I 5 §317; I 11 §§ 135, 136, 143. Österr. Gesetzb. § 922. Cod. civ. Art. 1626. Dem Falle der Entwehrung stand gleich anderweitiger Erwerb des Rechtes des Dritten durch den Käufer Beerbung des Verkäufers durch den Käufer oder die Beerbung des Käufers durch jenen; endlich die Abfindung des Dritten. I Entw. § 376.

123) Vgl. § 1 der Arbeit.

dann lediglich um einen bedenklichen Kompromiß zwischen dem alten römischen Eviktions- und dem Verschaffungsprinzip gehandelt hätte. Aber anstatt daher die volle Konsequenz aus diesem zu ziehen, kehrte man völlig zu jenem zurück. Den Grund zu dieser Gestaltung der Gewährleistungspflicht bildete neben einer gewissen billigen Rücksicht auf den Käufer vor Allem die Erwägung, daß es an einer Grundlage zur Berechnung des Interesses fehle, falls nicht der Schadensersatzanspruch von vorangegangener Entwehrung abhängig gemacht werde.[124]

Das BGB. in seiner endgültigen Fassung hat diesen Standpunkt prinzipiell aufgegeben. Auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist grundsätzlich nicht mehr von irgend welchen Voraussetzungen abhängig. Aus praktischen Rücksichten wird jedoch unter gewissen Umständen bei beweglichen Sachen eine Ausnahme von diesem Prinzipe gemacht. Davon wird später noch die Rede sein müssen.

Der Grund der vom ersten Entwurfe abweichenden Normierung der Gewährleistungspflicht liegt, wie in der Denkschrift hervorgehoben wird, in der vom römischen Rechte völlig verschiedenen Gestaltung des Sachenrechts.[125]

Der Erwerb freien Eigentums ist infolge des Grundsatzes „Hand wahre Hand" und des öffentlichen Glaubens des Grundbuches so sehr erleichtert, daß man keine Bedenken hatte, dem Verkäufer die volle Haftung

124) Motive Bd. 2 S. 217.

125) Vgl. Denkschrift S. 60: „Allein für das bezeichnete Erfordernis" (d. h. die vorangegangene Entwehrung) „das auf's engste mit der Gestaltung des römischen Sachenrechts zusammenhängt, besteht gegenüber dem Sachenrecht des Entwurfs, welches auf durchaus anderen Grundlagen beruht, kein Bedürfnis mehr."

für die Rechtsverschaffung aufzuerlegen.[126] Bei Grundstücken geht nur dann kein freies Eigentum über, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt war (§ 892). Was die Haftung des Verkäufers anbelangt, so muß die Kenntnis des Käufers zwischen Kaufabschluß und Auflassung eintreten; besteht sie bereits zur Zeit des Kaufes, so ist der Verkäufer nach § 439 Abs. 1 regelmäßig frei von der Haftung.[127] Im Mobiliarsachenrecht wird die Haftung im Wesentlichen nur praktisch werden, soweit es sich um gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sachen handelt (§ 935); außerdem, wenn der Käufer zwar nicht beim Kaufabschluß das Recht des Dritten kennt — dann würde der Verkäufer nach § 439 Abs. 1 in der Regel überhaupt von der Haftpflicht befreit sein — wohl aber bei der Übergabe von dem Rechte des Dritten weiß oder aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß (§ 932 Abs. 2); endlich, wenn der Käufer sich sowohl zur Zeit des Kaufs als zur Zeit der Übergabe in grobfahrlässiger Unkenntnis des fremden Rechts befindet; dann erwirbt er nach § 932 kein Eigentum, während der Verkäufer andererseits nicht durch § 439 Abs. 1 entlastet wird. Denn nur falls der Käufer zur Zeit des Vertragsschlusses den Mangel im Rechte wirklich kennt, ist der Verkäufer von der Gewährleistungspflicht befreit. So wurde mit Rücksicht auf den erleichterten Eigentumserwerb die Haftung des Verkäufers im BGB. grundsätzlich nicht mehr einschränkt.

126) Vgl Planck a. a. O. Erl. 4 zu § 440. Enneccerus, Lehmann a. a. O. Bd. 1, 2 § 243 I.

127) Vgl aber § 439 Abs. 2; vgl Schollmeyer a. a. O. S. 11.

Die Bestimmungen des BGB. sind die folgenden:

I Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache zu übergeben und zu Eigentum zu verschaffen (§ 433 Abs. 1). Daher ist der Verkäufer gegebenen Falls vor Allem auch verpflichtet, die zum Erwerbe des Eigentums an Grundstücken erforderliche Auflassung vorzunehmen (vgl. §§ 873 und 925). Der Käufer kann jedoch nicht nur das Eigentum, sondern auch das freie Eigentum an der Sache vom Verkäufer verlangen, d. h. frei von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können (§ 434). Als solche kommen in Betracht Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, Pfandrechte, Vormerkungen, relative Veräußerungsverbote [128] (§ 135), vor Allem auch, im berechtigten Gegensatze zum gemeinen Rechte, Grunddienstbarkeiten. Die römische Auffassung, die daß Haftung für solche nur durch eine besondere Zusicherung zu erzielen sei, ist mit den modernen Verhältnissen nicht mehr vereinbar. [129] Endlich hat der Verkäufer auch Miet- und Pachtrechte zu vertreten, denn bekanntlich trifft ja der § 571 bezw. dieser Paragraph in Verbindung mit § 581 die Bestimmung, daß der Erwerber das persönliche Recht des Mieters oder Pächters gegen sich gelten lassen muß, falls er das Grundstück erst nach der Überlassung derselben an den Mieter bezw. Pächter zu Eigentum erhielt.

Nach § 435 hat der Verkäufer nicht nur bestehende Rechte Dritter zu beseitigen, sondern, soweit es sich um Grundstücke oder Schiffe handelt, auch nicht bestehende, jedoch im Grundbuch bezw. Schiffsregister eingetragene

128) Vgl. Protokolle Bd. 2 S. 1317, Bd. 1 S. 656.
129) Vgl Motive Bd. 2 S. 214.

Rechte auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden.[130]

Bezüglich öffentlicher Lasten und Abgaben, die aus einem Grundstücke zu entrichten sind, wird das Verschaffungsprinzip modifiziert. Der Verkäufer braucht sie nicht zu vertreten (§ 446), es müßte sich denn um Rückstände handeln.[131] Die für den Verkäufer privilegierten Lasten werden vom Gesetz noch besonders als solche charakterisiert, die zur Eintragung ins Grundbuch nicht geeignet sind, wobei das für das betreffende Grundstück maßgebende Landesrecht bestimmt, welchen öffentlichen Abgaben diese Eigenschaft beizulegen ist. Der dem § 446 zu Grunde liegende Gedanke ist offenbar der, daß der Käufer eines Grundstücks von vornherein darauf gefaßt sein muß, als Grundstückseigentümer auch Abgaben an Staat und Gemeinde zu entrichten. Aus diesem Grunde gilt umgekehrt der § 446 nicht für Schiffe und Buden, soweit bei ihnen öffentliche Abgaben vorkommen.[132]

II. Wie im gemeinen Rechte haftet der Verkäufer für Mängel im Rechte nicht, wenn der Käufer ihr Vorhandensein beim Abschluß des Kaufvertrages kannte (§ 439 Abs. 1). Dabei kommt es nur an auf die Zeit des Abschlusses des obligatorischen Vertrages.[133]

130) Die Bewirkung der Löschung würde für den Käufer selbst unter Umständen mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein (Motive Bd. 2 S. 222). Auch ist die aus der Eintragung folgende Vermuthung für das Bestehen des Rechtes (§ 891 BGB.) unvorteilhaft für den Käufer. Vgl. Crome a. a. O. Bd. 2 § 218 Anm. 19.

131) Vgl. Motive Bd. 2 S. 215.

132) Vgl. Motive Bd. 2 S. 215.

133) Der Kaufvertrag, d. h. die Willenseinigung zwischen Verkäufer und Käufer darüber, daß sie verkaufen und kaufen

Gleichgültig ist regelmäßig die Kenntnis zur Zeit der Übereignung. Doch kann den Umständen nach in der vorbehaltslosen Annahme der Kaufsache trotz Kenntnis des Rechtsmangels ein Verzicht auf Gewährleistungsansprüche gefunden werden; denn da man nach § 440 Abs. 1 die Leistung einer mit einem rechtlichen Mangel behafteten Sache als Teilerfüllung anzusehen hat, so ist der Käufer nach der Bestimmung des § 266 zur Annahme einer solchen Sache nicht gehalten

---

wollen, ist im BGB. ein rein obligatorischer Vertrag, ohne dingliche Wirkung. Er verpflichtet aber den Verkäufer, mit dem Käufer einen dinglichen Vertrag abzuschließen. Vgl. auch Matthiaß a. a. O. Bd. 1, § 104a Anf. und § 110a Anf. Oertmann a. a. O. S. 153 Vgl. Motive Bd. 2 S. 211. fg. Insbesondere heißt es aber S. 318: „In Ansehung des Abschlusses des Kaufvertrages gilt nichts Besonderes. Er ruft nur die bezeichneten obligatorischen Verpflichtungen hervor, dagegen tritt vor der Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen noch keine rechtliche Änderung in den Beziehungen des Kaufgegenstandes zu dem Vermögen des Verkäufers ein. Der Bewirkung der Übergabe liegt immer der obligatorische Kaufvertrag zu Grunde." Nach den Motiven sollte dasselbe für den Handkauf gelten. In der zweiten Kommission waren jedoch die Ansichten über die Natur des Handkaufs geteilt, (Protokolle Bd. 2 S 54–56) und man beschloß, die Frage im Gesetz offen und der Wissenschaft zur Lösung zu lassen. Wenn daher das BGB. nur den obligatorischen Kaufvertrag behandelt, so soll damit nicht gesagt werden, daß ein solcher auch beim Handkaufe stets zu unterstellen sei. Man wird aber die vom Gesetz offen gelassene Frage in diesem Sinne entscheiden müssen. Beim Handkaufe fällt der obligatorische mit dem dinglichen Vertrage zusammen. (Planck a. a. O. Bd. 2 S. 226). Das tritt vor Allem zu Tage, wenn z. B. der Käufer zu wenig bezahlt hat. Er ist dann nicht etwa berechtigt, die Leistung zurückzugeben, sondern er muß nachzahlen (Cosack a a. O. § 130 VII. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 239 I). Es besteht also eine Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Preises. Ebenso ist der Verkäufer verpflichtet, die richtige Ware zu liefern, wenn er z. B. aus Versehen eine falsche eingepackt hat (Oertmann a. a. O. S. 153. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 239 I). — Viele Schriftsteller behandeln jedoch den Handkauf als einen

Daß der Käufer den Rechtsmangel zur Zeit des Kaufes kannte, hat der Verkäufer zu beweisen, da die Kenntnis des Käufers nur eine Ausnahme von der unbedingten Haftung des Verkäufers begründet. Dabei ist jedoch zu beachten, daß dem Käufer nicht entgegengehalten werden kann, er hätte den Rechtsmangel kennen müssen, z. B. weil das belastende Recht im Grundbuch eingetragen gewesen sei. Ist der Verkäufer doch sogar verpflichtet, dem Käufer über alle rechtlichen Verhältnisse des Kaufgegenstandes Auskunft zu erteilen (§ 444). Nimmt allerdings der Käufer von einer solchen Mitteilung wider Treu und Glauben keine Notiz, indem er z. B. einen Brief des Verkäufers oder eine ihm zugegangene Abschrift des Grundbuchblattes absichtlich nicht liest, so wird er sich auf seine Unkenntnis nicht berufen können. Dagegen ist der Käufer nicht verpflichtet selbst irgend

---

rein dinglichen Vertrag, der sich durch den sofortigen Umsatz von Ware und Preis vollzieht als ein gegenseitiges Leisten ohne Verpflichtung (vgl. Dernburg BGB. Bd 2 S. 3. Endemann a. a. O. § 163 Nr. 2, Matthiaß a. a. O. Bd. 1 § 110, Crome a. a. O. S. 400. Daraus wird zwar kein Unterschied vom obligatorischen Kaufvertrage hinsichtlich der Haftung für rechtliche Mängel gefolgert (vgl. Endemann, Matthiaß, Crome a. a. O.), wohl aber nach dem Vorgange von Bähr (Urteile des RG. S. 34 u. 35) eine Veränderung der Beweislast. Klagt der Verkäufer auf Zahlung des Preises und der Käufer behauptet demgegenüber, es sei ein Handkauf abgeschlossen, so leugnet er den Klagegrund. Der Verkäufer muß also die Nichtzahlung beweisen, d. h. also, daß ein obligatorischer Kauf abgeschlossen ist (vgl. Crome a. a. O. S. 401 Anm. 14). Diese Verteilung der Beweislast ist praktisch bedenklich, da es viel häufiger vorkommt, daß der Käufer wirklich nicht bezahlt hat, als daß der Verkäufer zu Unrecht Klage erhebt (Vgl. Planck a. a. O. Bd. 2 S. 226. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 239 I). Die Schwierigkeit entfällt, wenn man annimmt, daß beim Handkauf der dingliche mit dem obligatorischen Vertrage zusammenfällt.

welche Erkundigungen einzuziehen, etwa deswegen zum Grundbuchamt zu gehen.[134]

Der § 439 betrifft nur den gesetzlichen Ausschluß der Haftung des Verkäufers. Da die Bestimmung aber, wie aus § 443 folgt, dispositiver Natur ist, so kann der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber gültig verpflichten, auch für einen Rechtsmangel einzustehen, den der Käufer kennt. Eine dahingehende Zusicherung kann z. B. darin liegen, daß der Vertrag mit Wissen beider Teile über eine fremde Sache abgeschlossen wird. [135] Im Einzelnen ist dies jedoch nur nach dem konkreten Fall zu beurteilen. So können die Parteien in Erwartung einer späteren Genehmigung des Berechtigten kontrahiert haben. Auch ist es möglich, daß ein Vertrag über eine fremde Sache gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist.

Der zweite Absatz des § 439 macht eine einschneidende Ausnahme von der im ersten aufgestellten Regel, und zwar zu Gunsten des Käufers. Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Pfandrechte hat der Verkäufer auch dann zu vertreten, wenn sie dem Käufer beim Vertragsschlusse bekannt sind. Dasselbe ist angeordnet für eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Bestellung eines dieser Rechte. Diese Bestimmung ist dem gemeinen Recht fremd, findet sich jedoch bereits im preußischen Landrecht[136] und wird gerechtfertigt durch die modernen Verhältnisse.[137] Was von Hypotheken u. s. w. gilt, ist nach § 439 in Verbindung mit § 1107 auch von

134) Vgl. Oertmann a. a. O. Erl. 1 zu § 439. Crome a. a. O. Bd. 2 § 218 Anm. 43.

135) Motive Bd. 2 S. 216.

136) ALR. I 11 §§ 184—187.

137) Motive Bd. 2 S. 216.

rückständigen Reallastleistungen zu sagen.[138] Natürlich kann sich der Käufer auch dieser Vergünstigung des § 439 Abs. 2 begeben, wie z. B. wenn er die genannten Lasten nach § 416 in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt.

III. Wenn der Verkäufer seine Verpflichtung zur Übergabe und zur Rechtsverschaffung nicht erfüllt, so kann der Käufer Zahlung des Preises verweigern, Erfüllung verlangen, nach Umständen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern; endlich steht ihm ein Rücktrittsrecht zu (§ 440 Abs. 1 in Verbind. mit §§ 320–327). Selbstverständlich kann er nur eins dieser Rechte durchführen. Auch ginge man fehl in der Erwartung, daß der Käufer immer vollkommen freie Wahl zwischen einer dieser vier Möglichkeiten hätte. Im einzelnen sollen die Rechte des Käufers in einem besonderen Paragraphen besprochen werden. Auch von den Rechten des Käufers gegenüber dem im Verzuge befindlichen Verkäufer wird erst dort die Rede sein. Hier ist zunächst auf den § 440 Abs. 2 einzugehen. Daselbst wird bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt,[139] eine Bestimmung getroffen, die sich wieder dem römischen Eviktionsprinzip nähert. Das Recht auf Schadensersatz soll der Käufer erst haben, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat; nicht nötig ist natürlich, daß der Käufer es auf einen Prozeß ankommen läßt. Der Herausgabe an den Dritten werden mehrere andere Fälle gleichgestellt.

138) Eccius in Gruchots Beiträgen S. 302.

139) Die übrigen Rechte hat der Käufer auch bei beweglichen Sachen ohne Weiteres, falls der Verkäufer nicht erfüllt.

Die Ausnahme soll verhüten, daß der Käufer eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels erlangt und gleichzeitig im Genusse der Sache verbleibt.[140] Es muß sich daher um eine bewegliche Sache handeln, die dem Käufer zum Zwecke der Übereignung übergeben ist, und zwar muß die Übergabe gemäß § 929 Satz 1 und 2 gesehen sein; die in den § 931 und 932 genannten Ersatzmittel der Übergabe stehen derselben in diesem Falle nicht gleich.[141] Auch unterliegt der Schadensersatzanspruch einer Beschränkung nur insoweit, als er sich auf ein Recht des Dritten gründet, das zum Besitz der Sache berechtigt, also zum Beispiel Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht.[142]

Da es für den Käufer unter Umständen Schwierigkeiten machen wird, den Dritten ausfindig zu machen, kann er die Sache auch, statt sie diesem herauszugeben, dem Verkäufer zurückgewähren.[143] Der Rückgewähr an den Verkäufer steht die Abtretung des Herausgabeanspruchs gleich (§ 440 Abs. 4).[144] Auch wenn die Sache ohne Schuld des Käufers untergegangen ist, kann der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden.[145]

140) Denkschrift S. 60.

141) Planck a. a. O. Erl. 5 zu § 440. Staudinger a. a. O. Erl. II zu § 440.

142) Vergl. Planck a. a. O. Erl. 5 zu § 440.

143) Vergl. Planck a. a. O. Erl. 5b zu § 440.

144) Diese Bestimmung ist wichtig, wenn die Sache dem Käufer z. B. gestohlen ist; vgl. Prot. Bd. 2 S. 8439. Planck a. a. O. Erl. 5b zu § 440. Endemann a. a. O. Bd. 1 § 157 Anm. 14.

145) Im Gegensatz zum gemeinen Recht: l. 21 pr. § 1 Dig. de evict. 21.2 — Dabei ist aber darauf zu sehen, ob der Käufer mit Rücksicht auf die Zeit des Unterganges überhaupt noch Schaden leidet. Ist das nicht der Fall, so wird man mit Dernburg, Bürgerl. Recht § 181 Note 5, und Crome a. a. O. Bd. 2 § 219

Dem Falle der Herausgabe an den Dritten stehen die bereits aus dem gemeinen Rechte bekannten Fälle gleich,[146] daß der Käufer den Dritten oder dieser jenen beerbt, oder daß er das Recht des Dritten anderweitig entgeltlich oder unentgeltlich erwirbt.[147] Endlich genügt es auch, daß der Käufer den Dritten abfindet (§ 440 Abs. 3).[148]

IV. Über die Beweislast ist nunmehr noch zu sagen, daß der Käufer den Mangel im Rechte zu beweisen hat, wenn er deswegen gegen den Verkäufer vorgehen will (§ 442).

Selbst wenn die Sache dem Käufer auf gerichtlichem Wege vom Dritten evinziert worden ist, so präjudiziert das Urteil des Eviktionsprozesses in keiner Weise dem Verhältnis des Käufers zum Verkäufer. Wohl wird gegebenen Falles dem Käufer der zu führende Beweis wesentlich erleichtert werden, wenn bereits ein Urteil gegen ihn vorliegt. Vor Allem ist das der Fall, wenn er seinem Auktor im Eviktionsprozesse den Streit verkündet hat. [149] Durch die Streitverkündung gestalten sich

Anm. 10, geradeso entscheiden müssen, als wenn der Käufer das volle Recht an der Sache erlangt hätte. Wenn z. B. Jemand ein gekauftes Tier bis zu dessen natürlichem Tode nutzt, so kann er keine Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer mehr erheben.

146) Vgl. auch § 376 des I Entwurfs.

147) Nur hat nach BGB. der Käufer in solchem Falle einen Schadensersatzanspruch, während er im gemeinen Recht richtiger Ansicht nach blos ein Recht auf Rückgewähr resp. zur Verweigerung des Preises hatte.

148) Cosack a. a. O. § 125 III 4a will die einschränkende Regel des § 440 Abs. 2 auch bei Grundstücken anwenden. Seine Gründe sind nicht überzeugend und widersprechen direkt dem Gesetz.

149) Verpflichtet zur Streitverkündung ist der Käufer natürlich in keinem Falle, da er es ja gar nicht zum Prozesse kommen zu lassen braucht; vgl. auch Motive Bd. 2 S. 219.

die Verhältnisse nämlich folgendermaßen. Tritt der Verkäufer bei, so kann er später aus der angeblich unrichtigen Entscheidung des vom Käufer verlorenen Eviktionsprozesses keinen Einwand mehr herleiten.[150] Vielmehr wirkt das ergangene Urteil jetzt vollbeweisend für das Bestehen des Rechtsmangels. Auf der anderen Seite gilt der beitretende Verkäufer als Nebenintervenient (§ 74 Abs. 1 CPO.) und kann selbst alle Angriffs- und Verteidigungsmittel gegen den Dritten geltend machen, die ihm irgendwie zu Gebote stehen, von denen der Käufer aber vielleicht nichts weiß. Die getroffene Entscheidung muß er dann aber ebenfalls gegen sich gelten lassen.

Auf diese Weise kann also der Käufer die Beweislast dem Effekte nach von sich abwälzen.[151] Deshalb wird der Käufer auch in allen nicht ganz klaren Fällen am besten warten, bis der Dritte gegen ihn gerichtlich vorgeht, dann im Prozesse seinem Auktor den Streit verkünden, um auf diese Weise ganz sicher zu gehen, wenn er dann den Verkäufer in Anspruch nehmen will. Die Vorgänge werden sich also praktisch häufig ebenso abspielen, wie im bisherigen Recht.[152]

V. Die sämtlichen Bestimmungen des BGB. über die Gewährleistung für Rechtsmängel sind dispositiver Natur. Es wird diese Regel jedoch im Gegensatz zum ersten Entwurfe[153] nicht direkt ausgesprochen, sondern nur hervorgehoben, daß Beschränkungen und Erlaß der Haftung nichtig sind, wenn der Verkäufer

150) § 74 Abs. 3 CPO. in Verb. mit § 68.

151) Vgl Oertmann a. a. O. Erl. zu § 440 Ziff. 4 a. E.

152) Vgl. auch Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 § 181 IV. Endemann a. a. O. Bd. 1 § 157 Anm. 19.

153) § 380 Abs. 1 des I. Entw.

den Mangel im Rechte arglistig verschweigt. Damit ist der Parteiabrede ein weites Feld geöffnet; die Haftung kann verschärft, andererseits ganz erlassen oder doch abgeschwächt werden. Besonders wird man Erlaß oder Minderung der Haftung ohne Weiteres dann als von den Parteien gewollt unterstellen, wenn die Gewährleistungsansprüche, die der Käufer formell hat, sich als eine gar zu große Unbilligkeit gegen den Verkäufer herausstellen.[154]

Wie schon erwähnt, kann sich aber der Verkäufer niemals auf eine derartige Vereinbarung berufen, wenn er unter arglistigem Verschweigen des Rechtsmangels den Käufer zu einer solchen bewog. Es muß sich aber auch wirklich um eine absichtliche, böswillige Verheimlichung handeln, die dann nicht vorliegt, wenn der Verkäufer triftigen Grund hatte zu glauben, der Käufer kenne den Rechtsmangel und treffe gerade im Hinblick auf denselben die fragliche Vereinbarung

VI. Bei Veräußerung auf Grund einer Pfändung[155] oder Zwangsversteigerung[156] sind Gewährleistungsansprüche wegen Rechtsmangels überhaupt ausgeschlossen. Dafür wird aber auch dem Ersteher, wenigstens soweit es sich um Zwangsversteigerung handelt, der Erwerb des Eigentums vom Gesetze erleichtert.[157]

---

154) Vgl. das Beispiel bei Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines BGB. S. 26.

155) § 806 CPO.

156) ZVG. § 56.

157) § 935 Abs. 2 BGB. Vgl. Crome a. a. O. Bd. 2 § 219 Anm. 43.

§ 5.

Das Recht des Verkäufers wegen rechtlicher Mängel der Kaufsache.

Die Rechtsverschaffung ist ein Teil der Verpflichtung des Verkäufers. Erlangt der Käufer durch die Übergabe bezw. durch die Übergabe und Auflassung kein oder kein freies Eigentum, so hat der Verkäufer teilweise nicht erfüllt. Häufig wird aber der Käufer in solchem Falle leicht nachweisen können, daß die Teilerfüllung für ihn kein Interesse habe und daher dasselbe beanspruchen können, als wäre ihm gar nicht geleistet worden.[158]

158) Gänzliche Nichterfüllung wird man aber nicht annehmen dürfen; ist doch durch die Übergabe stets bereits ein Minimum geleistet worden. So Dernburg Bürgerl. Recht § 181 Anm. 1; Planck a. a. O. Erl. 4 Ziffer 2 zu § 440; Enneccerus-Lehmann a a. O. Bd. 1 § 244 II. Anderer Meinung Cosack a. a. O. Bd. 1 § 125 IV, der die Verpflichtung des Verkäufers zur lastenfreien Übereignung der Kaufsache als eine unteilbare ansieht, somit selbst dann gänzliche Nichterfüllung annimmt, wenn der Verkäufer auch nur mit der Beseitigung ganz geringfügiger Lasten im Rückstande ist. Man denke an den Fall der Übereignung eines Grundstücks, an dem eine Grunddienstbarkeit zwar noch besteht, aber in kurzer Zeit erlischt. Es ist jedoch bedenklich, die Verpflichtung des Verkäufers als unteilbare anzusehen. Das Gesetz enthält sich der Aufstellung einer Regel über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Obligationen absichtlich (Mot. Bd. 2 S. 173); man wird aber mit Dernburg, Bürgerl. Recht § 47, sagen, daß die Obligation nur dann unteilbar ist, wenn „die teilweise Erfüllung entweder ganz undenkbar oder wertlos ist, oder wenigstens einen verhältnismäßigen Wert für den Gläubiger nicht hat". Danach gehören die Obligationen, die auf lastenfreie Übereignung der Kaufsache abzielen, zur Gattung der teilbaren. (Ebenso Matthiaß a. a. O. § 73 IV). Falls man das Gegenteil annähme, wäre die Stellung des Verkäufers eine gar zu schlechte, in der ihm der § 326, wie Cosack selbst zugibt, nur schwachen Schutz verleiht. Diese prinzipielle Benachteiligung des Verkäufers darf man nicht zulassen,

Im Einzelnen bestimmen sich die Rechte des Käufers aus den §§ 320 bis 327. Danach hat man zu unterscheiden, ob der Rechtsmangel bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bestand, dann liegt ursprüngliches Unvermögen des Verkäufers zur Leistung vor; oder ob der Rechtsmangel erst nach dem Kaufabschluß entstanden ist. In diesem Falle handelt es sich um nachträglich eintretendes Unvermögen des Verkäufers.[159]

I. Es soll zuerst der Fall ins Auge gefaßt werden, daß der Mangel im Rechte bereits zur Zeit des Vertragsschlusses bestand.

Ein Vertrag, bei dem der Schuldner zur Leistung ursprünglich unvermögend war, ist gültig. Zu diesem

---

blos um dem Käufer den Beweis zu ersparen, daß eine teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, einen Beweis, der zwar gelegentlich nicht leicht, in den meisten Fällen aber, wo der Käufer wirklich keinen Vorteil von teilweiser Erfüllung hat, unschwer zu erbringen sein wird.

159) Vgl. Planck a. a. O. Erl. 3 und 4 zu § 440. Außerdem Vorbem. zu § 275 Ziffer 1. Staudinger a. a. O. Erl. I 1 zu § 440. And. Mein. Dernburg, Bürgerl. Recht § 60 I. „Solches Unvermögen ist nicht vorhanden, solange es noch nicht ausgeschlossen ist, daß man sich dieselbe (d. h die fremde Sache) noch zu beschaffen vermag". Zweifellos ist die Auffassung von Planck die schärfere und praktischere. Denn wenn der Verkäufer im Momente des Vertragsschlusses nicht Eigentümer ist, so ist er eben gerade in diesem Augenblicke unvermögend zur Rechtsverschaffung und daß er dieses Unvermögen beseitigen kann, macht ihn für den Augenblick doch noch nicht vermögend zur Rechtsverschaffung. Außerdem gäbe es nach Dernburg gar kein subjektives Unvermögen; denn es ist erst ausgeschlossen, sich eine fremde Sache zu verschaffen, wenn die Sache untergegangen ist. Dann liegt aber objektive Unmöglichkeit vor. Natürlich kann man auf Grund der Ansicht Dernburgs zu einer anderen Auffassung gelangen, wenn man ein anderes Kriterium gewinnt für den Zeitpunkt, in dem die Möglichkeit zur Rechtsverschaffung „ausgeschlossen" ist, aber diese Mühe entfällt, wenn man Planck folgt.

Schlusse ist man berechtigt, da das Gesetz von der ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit nicht spricht, ihr also offenbar keine Folgen beimessen will.[160]

Für den Kauf wird diese Behauptung auch noch indirekt bestätigt durch § 439 Abs. 1, wobei freilich Voraussetzung ist, daß das BGB. unter ursprünglichem Unvermögen dasselbe versteht, wie die hier vertretene Auffassung; an letzterem ist aber wohl nicht zu zweifeln.[161]

Der Verkäufer hat mithin sein ursprüngliches Unvermögen zur Leistung schlechthin zu vertreten. Der Käufer hat daher, wenn er wegen eines bereits zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Mangels im Rechte durch die Übergabe bezw. Übergabe und Auflassung kein oder doch kein freies Eigentum erhält, folgende Rechte:

1. Falls der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, darf er bis zur Beseitigung des Rechtsmangels zurückgehalten werden. Der Verkäufer kann hieran durch Sicherheitsleistung nichts ändern (§ 320 Abs. 1). Da jedoch die Lieferung einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache immer blos eine teilweise Nichterfüllung darstellt, so kann eventuell der § 320 Abs. 2 eingreifen. So wird der Käufer z B. nicht den ganzen Kaufpreis verweigern dürfen, weil an dem übergebenen und auflassenen Grundstücke eine geringfügige Grunddienstbarkeit besteht.[162]

---

160) Cosack a. a. O. § 98 S. 333. Matthiaß a. a. O. § 73 S. 301. Planck a. a. O. Vorbem. zu § 275, 3a Abs. 2.

161) Motive Bd. 2 S. 45 fg.

162) Protokolle Bd. 1 S. 664. Planck a. a. O. Erl. 2 zu § 440.

2. Zugleich mit der Zurückhaltung des Preises kann der Käufer auf Verschaffung freien Eigentums klagen.

Macht der Verkäufer dem gegenüber geltend, der Kaufpreis sei nicht oder nicht vollständig gezahlt, so wird er nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt (§ 322 Abs. 1). Hat dagegen der Käufer, bevor er klagte, bereits gezahlt, so wird der Verkäufer unbedingt verurteilt.

Da die Klageerhebung einer Mahnung gleichkommt, so wird er eventuell auch Schadensersatz wegen Verzuges nach § 286 zu zahlen haben, falls ihn wegen der verspäteten Erfüllung ein Verschulden traf.[163]

Mit der Verurteilung des Verkäufers zur Verschaffung freien Eigentums ist dem Käufer jedoch wenig gedient. Die Zwangsvollstreckung kann nicht stattfinden, da man es weder mit einer fungiblen noch ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängigen Handlung zu tun hat.[164]

Das wichtigste Recht des Käufers bleibt demnach immer der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Diesen hat er jedoch bei beweglichen Sachen in der Regel überhaupt erst nach der Entwehrung. Aber auch wenn bei beweglichen Sachen diese Voraussetzung

163) Schollmeyer a. a. O. S. 10. 11 behauptet allerdings, es sei gerechtfertigt, „den Verkäufer, welcher Eigentum überhaupt nicht oder wenigstens nicht rechtzeitig verschaffen kann, in gleicher Weise haften zu lassen, als ob er an der Unmöglichkeit oder Verspätung der Erfüllung Schuld wäre". Danach befände sich der auf Rechtserfüllung verklagte Verkäufer immer im Verzuge. Das ist auch offenbar Schollmeyer's Ansicht, da er den § 326 BGB. bei jeder verspäteten Erfüllung des Verkäufers anwenden will. (Vgl. S. 11 unten). Man wird ihm hierin jedoch nicht folgen können.

164) Schollmeyer a. a. O. S. 11.

erfüllt ist oder bei Immobilien, steht er ihm prima facie nicht zu, wenn der Rechtsmangel bereits zur Zeit des Vertragsschlusses bestand. Denn der § 325 Abs. 1 (in Verbindung mit § 275 Abs. 2) findet nur Anwendung beim nachträglich eintretenden Unvermögen zur Leistung. Hier hilft nur der § 325 Abs. 2.[165]

Ist der Verkäufer zur Rechtsverschaffung rechtskräftig verurteilt, so kann ihm der Käufer dazu eine angemessene Frist setzen (§ 283), mit der Erklärung, daß er nach Ablauf derselben die Leistung ablehne. Er kann auch verlangen, daß diese Frist gleich im Urteile mitbestimmt wird (§ 255 CPO.). Nach dem Ablaufe der Frist kann er, falls die Leistung bis dahin nicht vollständig bewirkt ist, die Rechte geltend machen, welche nach § 325 Abs. 1 sonst nur bei nachfolgender objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit dem Käufer zustehen. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen (§ 283). Nach § 325 Abs. 1 kann der Käufer jetzt wegen teilweiser Nichterfüllung Schadensersatz beanspruchen oder teilweise vom Vertrage zurücktreten. Weist er jedoch nach, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat so kann er schlechthin Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 fordern oder gänzlich vom Vertrage zurücktreten.[166] Endlich kann der Käufer auch, anstatt Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder zurückzutreten, Herabsetzung des Kaufpreises verlangen (§ 325 Abs. 1 in Verbind. mit

165) Vgl. Planck a. a. O. Erl. 3 zu § 440.

166) Man denke z. B. an den Fall, daß das verkaufte Grundstück, das sofort bebaut werden soll, noch auf längere Zeit verpachtet ist. Vgl. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 244 Anm. 7.

§ 323). Man sieht, daß die Lage des Käufers keine besonders günstige ist. Alle die obenerwähnten Möglichkeiten, vor Allem der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, stehen dem Käufer erst nach rechtskräftiger Verurteilung und dem ergebnißlosen Verstreichen der gesetzten Frist offen. Es ist zu bedauern, daß nicht eine wahlweise Verurteilung des Verkäufers zur Erfüllung oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung vom Gesetz ermöglicht worden ist. Freilich zeigt Schollmeyer,[167] daß man die Klage auf Erfüllung mit derjenigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verbinden kann.[168]

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist ein suspensiv bedingter, abhängig vom Eintritt zweier Tatsachen: dem Setzen der Frist und ihrem ergebnislosen Verstreichen. Was aber dem einen Anspruch das Leben verleiht, vernichtet einen anderen: nämlich den auf Erfüllung. Dieser Anspruch ist somit resolutiv bedingt. Beide Ansprüche werden gemeinsam eingeklagt und der Käufer hat nur dafür zu sorgen, daß die Frist bereits abgelaufen ist, wenn die Sache spruchreif ist. Ist das der Fall, ohne daß das Eigentum verschafft wurde, so wird der Verkäufer jetzt sofort zur Schadensersatzleistung verurteilt; wegen des Anspruches auf Erfüllung wird der Käufer allerdings abgewiesen. Hat der Verkäufer jedoch vor dem Ende der Frist vollständig geleistet, so wird der Käufer mit beiden Ansprüchen abgewiesen und kann nur noch eventuell nach § 286 Abs. 1

167) a. a. O. S. 11 fg.

168) Vgl. auch Matthiaß a. a. O. Bd. 1 § 105 II E. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 701.

Ersatz des durch teilweisen Verzug entstandenen Schadens verlangen. Der Anspruch wegen schuldhaft verspäteter Erfüllung eines Teiles der Leistung ist aber ebenfalls resolutiv bedingt. Er erlischt mit dem ergebnislosen Verlauf der vom Käufer gesetzten Frist, denn wenn die Erfüllung ausgeschlossen ist, kann nichts mehr wegen verspäteter Erfüllung gefordert werden. Der Käufer kann daher, falls die Voraussetzung des § 285 vorliegt, auf Erfüllung, Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen und zugleich dem Verkäufer eine Frist setzen, nach deren Ablauf er die Erfüllung ablehne. Leistet der Verkäufer nun noch rechtzeitig, nachdem er z. B. dem Dritten den evinzierten Gegenstand abgekauft hat, so wird er sofort zum Ersatz des Verzugsschadens verurteilt, der Käufer mit den beiden anderen Ansprüchen jedoch abgewiesen. Verläuft die Frist ohne die nachträgliche Vervollständigung der Erfüllung, ehe die Sache zur Entscheidung reif ist, so wird der Verkäufer zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verurteilt.

Jedoch auch auf diese Weise ist dem Käufer nicht genügend gedient, vielmehr hätte eine wahlweise Verurteilung zur Erfüllung oder zur Schadensersatzleistung vom Gesetz ermöglicht werden müssen.[169]

II. Es ist nun der Fall zu betrachten, daß der Mangel im Recht erst nach dem Abschluß des Kaufes, jedoch natürlich vor Vollzug des dinglichen Vertrages

169) Nur diejenigen Prozessualisten, welche die Zwangsvollstreckung aus einem Feststellungsurteil für zulässig halten (vgl. Bähr, Urt. des Reichsger. S. 155) finden hierfür einen annehmbaren Ersatz; vgl. darüber Schollmeyer a. a. O. S. 12, 13.

entstanden ist. Dann hat man es, wie gesagt, mit dem nachträglich eintretenden Unvermögen des Verkäufers zur Leistung zu tun.

Zur Anwendung gelangen nun auch die §§ 323 bis 325 Abs. 1.[170] Dieselben handeln zwar von der nachfolgenden — objektiven — Unmöglichkeit, gelten jedoch nach § 275 Abs. 2 auch für das nachfolgende Unvermögen. Nach diesen Paragraphen muß unterschieden werden:

1. der Rechtsmangel ist durch Schuld des Verkäufers,
2. durch Verschulden des Käufers,
3. ohne Verschulden von beiden Seiten entstanden.

Zu 1. Einmal hat der Käufer alle diejenigen Rechte, die im Falle ursprünglichen Unvermögens gegen den Verkäufer geltend gemacht werden konnten. Außerdem aber kann er in jedem Falle, ohne erst den Umweg des § 283 beschreiten zu müssen, nach § 325 Abs. 1 sofort Schadensersatz wegen teilweiser resp gänzlicher Nichterfüllung verlangen. Die Haftung ist demnach wesentlich schärfer, als beim ursprünglichen Unvermögen Diese Verschärfung ist auch vollkommen berechtigt, da der Verkäufer den Rechtsmangel verschuldet hat, indem er z. B. einem Dritten ein Recht an der Sach bestellte, oder die Ersitzung der Sache durch einen Dritten zuließ.

Zu 2. Verschuldet der Käufer das Entstehen eines Rechtsmangels, so hat er natürlich keine Gewährleistungsansprüche (§ 324). Übrigens ist ein solcher Fall zwar denkbar, wird aber kaum praktisch werden.

Zu 3. Dagegen ist das Entstehen eines Rechtsmangels ohne Verschulden der Parteien schon eher mög-

170) Vgl. Planck a. a. O. Erl. 4 zu § 440. Staudinger a. a. O Erl. I 1 zu § 440

lich; z. B. A verkauft dem B ein Gemälde. Vor der Übereignung wird es bei C, der es in Verwahrung hat, gestohlen. Der Dieb verkauft es auf einer Auktion, die er von einem konzessionierten Auktionator abhalten läßt, an den gutgläubigen D. Dort sieht es A, erfährt aber von der Auktion nichts und übereignet das Bild durch Abtretung seines Herausgabeanspruches an den Käufer B. Macht dieser den Anspruch jetzt gerichtlich geltend, so würde er zweifellos nach § 935 Abs. 2 abgewiesen werden.

Die Rechte des Käufers bestimmen sich nach § 323. Danach findet bei teilweisem Unvermögen des Verkäufers eine Herabsetzung des Kaufpreises in dem Maße statt, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde (§ 323 in Verbind. mit § 472). Im obigen Beispiel würde die Anwendung dieser Regel zur völligen Streichung des Kaufpreises führen. Ist er bereits gezahlt, kann er als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden (§ 323 Abs. 3).

III. Es ist schließlich noch der Fall zu betrachten, daß der Verkäufer mit der Rechtsverschaffung im Verzuge ist.[171] Es wurde bereits oben bemerkt, daß der Käufer, falls ihm dann das Recht nachträglich verschafft wird, nach § 286 Ersatz des durch den teilweisen Verzug

171) Voraussetzungen des Verzuges sind, wie immer, eine Mahnung bezw. z. B. Klage auf Beseitigung des Rechtsmangels und Verschulden des Verkäufers (vgl. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 244 II 2). Übrigens wird die Mahnung nicht dadurch unwirksam, daß der Käufer noch nicht gezahlt hat. Planck a. a. O. Erl zu § 284 Ziffer 4 d. a. E — Oertmann a. a. O. Erl. zu § 284 Ziffer 2 fg.

entstandenen Schadens zu beanspruchen hat.[172] Es werden jedoch durch § 326 noch besondere Bestimmungen für den Verzug des Verkäufers getroffen. Beseitigt z. B. der Verkäufer schuldhafter Weise eine auf dem Grundstück ruhende Hypothek nicht, trotzdem er vom Käufer gemahnt wird, so kann dieser jenem eine angemessene Frist zur Beseitigung der Hypothek setzen. Zugleich muß der Käufer erklären, daß er nach Ablauf der Frist die Vervollständigung der Erfüllung ablehne.[173] Kommt der Verkäufer bis zum Ablauf der Frist der Aufforderung nicht nach, so treten nach § 326 Abs. 1 Satz 2 dieselben Folgen ein, wie wenn er zur Leistung teilweise unvermögend geworden wäre;[174] denn zur Anwendung gelangt nun § 325 Abs. 1 Satz 2. Der Käufer kann demnach Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage teilweise zurücktreten. Liegt ein Fall vor, in dem der Käufer kein Interesse an der bloßen Teilerfüllung hat, so kann er auch gänzlich zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung schlechthin beanspruchen. Wenn die nachträgliche Beseitigung des Rechtsmangels für den Käufer nicht mehr von Interesse ist, so stehen dem Käufer diese Rechte zu, ohne dem Verkäufer erst eine Frist zur Vervollständigung der Erfüllung setzen zu müssen.[175]

IV. Es muß noch kurz vom Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Rede sein. Zunächst

---

172) Planck a. a. O. Erl. 1 zu § 326.

173) § 326 Abs. 1 Satz 1; Planck a. a. O. Erl. zu § 326.

174) Vgl. Planck a. a. O. Erl. 3 zu § 326

175) § 326 Abs. 2; vgl. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 244 II 2b.

erhebt sich die Frage, welcher Zeitpunkt bei der Berechnung des Schadens zu Grunde zu legen ist. Im Gegensatze zum ersten Entwurfe[176] enthält sich das Gesetz einer Bestimmung darüber. Man wird jedoch nach allgemeinen Grundsätzen alles bis zum Urteil aufgelaufene Interesse zu berücksichtigen haben. Im Gegensatz zum gemeinen Rechte findet eine Beschränkung des Schadensersatzanspruches auf das Doppelte nicht mehr statt.[177]

Im Einzelnen bestimmt sich der Schadensersatzanspruch nach §§ 249 fg. Da Erfüllung ausgeschlossen ist, muß der Schaden in Geld ersetzt werden. Natürlich bleibt der Käufer zur Gegenleistung verpflichtet, bezw. muß sich die Aufrechnung derselben gefallen lassen. Im Übrigen kommen außer dem § 251 die §§ 252, 256 und 257 in Betracht. Nach § 256 müssen z. B. die Kosten eines etwaigen Evikitionsprozesses ersetzt werden.

V. Die Gewährleistungsansprüche des Käufers unterliegen der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung.[178]

176) § 377 Abs. 2 Satz 1.

177) Darüber, daß dies in manchen Fällen zu Ungerechtigkeiten gegen den Verkäufer führen kann, vgl. Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge im Entwurfe zum BGB. S 25 fg.

178) Vgl Planck a. a. O Erl. 7 zu § 440. Oertmann a. a. O. Erl. zu § 440.